

GENEL İDARE HUKUKU

# KAMU HİZMETİ

M  
Ü  
L  
K  
İ  
Y  
E  
2  
0  
2  
2

ONUR KARAHANOGULLARI



# KAMU HİZMETİ

<b>I. TANIM .....</b>	<b>1</b>
Mal ve hizmet .....	2
Kamu hizmeti yalnızca yasakoyucu tarafından oluşturulmaz .....	2
Kamu hizmeti bir ürettir. ....	3
Piyasanın işleyiş kurallarından bağımsız kılınma bütünüyle ya da kısmi olabilir. ....	3
Kamu hizmetlerini kamu yararı oluşturmaz. ....	4
Devletin üstlenme iradesinde açıklayıcılar .....	4
<b>II. KAMU HİZMETLERİ ALANI.....</b>	<b>5</b>
Düzenlenmiş piyasa .....	5
Anayasa ile üstlenilen kamu hizmeti .....	7
Düzen sağlayıcı kamu hizmeti: Kolluk .....	10
<b>A. KAMU HİZMETİNİN ÜRETİLMESİNDE EMANET YÖNTEMİ VE PİYASA İLE İLİŞKİYE GEÇME YÖNTEMLERİ .....</b>	<b>11</b>
1. <i>Birinci Tip: Emanet.....</i>	<i>13</i>
2. <i>İkinci Tip: İmtiyaz yöntemi .....</i>	<i>14</i>
İdarenin Tek Yanlı İşlemleriyle Ortaya Çıkan Biçim: Ruhsat (lisans, izin).....	15
Sözleşmeyle Ortaya Çıkan Biçim: İmtiyaz Sözleşmesi ve Kamu Hizmeti Gördürme Sözleşmeleri.....	16
İmtiyaz yönteminin Anayasal rejimi.....	17
Yasal yapının genel çerçevesi .....	19
Yap – işlet – devret yöntemi imtiyazın bir türüdür. ....	21
3. <i>Üçüncü Tip: Kamu Hizmetinin Üretilmesi İçin Gerekli Olan Mal ve Hizmetlerin Piyasadan Karşılması.....</i>	<i>24</i>
İhale sözleşmeleri .....	26
4. <i>Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu – Özel Ortaklığı) .....</i>	<i>27</i>
Sağlık Kamu Hizmetinde Kamu özel ortaklığı ya da eksik imtiyaz yöntemi.....	30
Sağlık eksik imtiyazında tahkim .....	31
İhtilafın esasına Türk hukukunun uygulanması .....	32
<b>B. KAMU HİZMETİNİ ÖZEL GİRİŞİMCİLERE GÖRDÜRME SÖZLEŞMELERİNİN FESHİ.....</b>	<b>34</b>
1. <i>Yaptırım Feshi, Kamu Yararına Fesih .....</i>	<i>34</i>
Geçici elkoyma .....	34
İmtiyazın düşürülmesi (yaptırım feshi) .....	34
İmtiyazın geri alınması (kamu yararına fesih) .....	35
Sağlık eksik imtiyazının idarece sona erdirilmesinin yasal yapısı .....	35
2. <i>İmtiyazın Sona Erdirilmesinde Tazminat .....</i>	<i>37</i>
Sağlık eksik imtiyazının feshinde tazminat.....	38
Yasal yapı .....	38
Tazminatta piyasacı ilkeler .....	39
Yapılmamış hizmete para ödemek haklı değildir.....	40
<b>III. KAMU HİZMETİNİN HUKUKSAL REJİMİ.....</b>	<b>41</b>
<b>A. İLKE HUKUK: KAMU HUKUKU .....</b>	<b>41</b>
Hukuki rejimin özelleştirilmesi. Sınai ve ticari kamu hizmetleri ve özel yürütüm .....	42
Kamu hizmetinden yararlanma sözleşmeleri .....	43
<b>B. PİYASA İLE SÖZLEŞME İLİŞKİSİNDE İLKE: İDARİ SÖZLEŞME .....</b>	<b>44</b>
Kamu hizmetlerinin özel girişimcilere gördürülmesinde temel biçim sözleşmedir. ....	45
Anayasal Biçimi İdari Sözleşmedir ve Yasayla Özel Hukuk Sözleşmesi Olarak Nitelendirme Olanağı	
Bulunmaktadır .....	46
İhale Mevzuatına Dayanan Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi .....	47
İdari ya da değil, sözleşmeleri önceleyen aşamalar idari işlemlerden oluşur. ....	50
İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde ayıklama .....	51
İdari sözleşmeler, konusu olan kamu hizmetine yönelik sonuçlarıyla hizmetten yararlanan ve etkilenen kişilerin hukuksal müdahalesine açıktır. ....	51
İdari sözleşmeler ve bunlardan doğan uyuşmazlıklar idari yargıda denetlenir.....	51
<b>IV. KAMU HİZMETİ İLKELERİ.....</b>	<b>53</b>
<b>A. SÜREKLİLİK İLKESİ .....</b>	<b>53</b>
<b>B. EŞİTLİK İLKESİ (YANSIZLIK VE LAİKLİK) .....</b>	<b>55</b>

Eşitlikte iki ilişki düzeyi .....	55
Yasak konular .....	56
Kamu Hizmetleri Aracılığıyla Eşitlik. Olumlu ayrımcılık .....	57
1. <i>Yansızlık</i> .....	58
2. <i>Laiklik</i> .....	58
Diyamet Laikliği: Din kamu hizmetleri .....	59
Laikleşme – laiklik .....	60
3. <i>Eşitliğin Aracı Olarak Dışlama</i> .....	64
C. UYUM (DEĞİŞKENLİK) İLKESİ .....	65
D. MECCANİLİK İLKESİ. KAMU HİZMETİNDE BEDEL SORUNU.....	67
Kamu hizmetlerinin maliyeti ile kullanıcıların ödeyecekleri para arasındaki bağlantı Anayasanın 73. maddesi ile kesilmiştir. ....	68
Kamu hizmeti müşterisi değil, kamu hizmeti kullanıcısı. ....	69
Alacağın tahsili için hizmetin kesilmesi zorunlu olmayabilir .....	70

## KAMU HİZMETİ

Kamu hizmeti idare hukukunun kurucu ve açıklayıcı kavramıdır. Belli bir amacı gerçekleştirmek için bir araya gelen ve farklılaşmış görevleri yerine getiren insanların süreklilik gösteren gruplaşmalarını anlatan örgütler işlevleriyle var olurlar. Bir örgütlenme olan idarenin işlevi kamu hizmeti üretmektir. Kamu hizmeti üretimini devletin işlevi olarak da tanımlayabiliriz. Devlet, kamu hizmetleri üreten örgütler ağıdır. Devletin tarihsel olarak sınıfsal çatışmalarla belirlenen işlevleri, devletin hukuksal kurgusunu oluşturulurken bir aksiyom (koyut) olarak kamu hizmeti olarak kabul edilir. Kamu hizmetinin hangi içerikte olduğu, hangi mal ve hizmetlerin kamu hizmeti olduğu her tarihsel durakta ayrıca değerlendirilmelidir.

Devlet soyutluğundan onun örgütlenmesinin büyük bölümünü oluşturan idare somutluğunu indiğimizde kamu hizmeti, idari işlevi oluşturur. İdarenin işlevi kamu hizmetini örgütlemek, üretmek ve sunmaktır. Anayasa idare ile kamu hizmeti bağına açıkça kurmuştur.

Anayasanın “İdarenin kuruluşu”nu düzenleyen bölümde yer alan 126. maddesine göre, “Türkiye, merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır.” İdari işlev kamu hizmetidir. Kamu hizmetinin görülmesi idarenin temel işlevidir ve örgütlenme ilkesidir. Maddenin III. fıkrasına göre, “Kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatı kurulabilir.”

Yerel yönetimlerin işlevleri de mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması olarak kurala bağlanmıştır. Anayasanın 127. maddesine göre, “Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere ... oluşturulan kamu tüzelkişileridir.” Yerel ortak gereksinimlerin, kamu hizmetleri olduğu maddenin son fıkrasından anlaşılmaktadır. Buna göre, mahalli idareler “belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile kendi aralarında Cumhurbaşkanının izni ile birlik” kurabilirler.

Anayasada kamu personeli de İdari işlev olan kamu hizmetiyle tanımlanarak kurala bağlanmıştır. “Kamu hizmetlerine girme hakkı” başlığında yer alan 70. maddeye göre, “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.” Kamu hizmetlerinin işgücü, 128. maddenin yer aldığı altbaşlıkta “*Kamu hizmeti görevlileri*” olarak tanımlanmaktadır. 128. maddeye göre, “... kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”

### I. Tanım

*Kamu hizmeti*, devletçe piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda bağışık kılınarak üstlenilen toplumsal gereksinimleri karşılayacak mal ve hizmet üretimidir.

Gereksinimler, onları giderecek mal ve hizmetlerin piyasadan bedelinin ödenmesi (mübadele) ile karşılanır. Piyasa (mübadele) ilişkilerinin *kurucu hukuksal koyutları* (aksiyomları) kimi mal ve hizmetlerin üretiminde devletçe belli oranda eksiltilir.

Kapitalist toplumsal biçimlenmede gereksinimler piyasada karşılanır. Mülkiyet, eşitlik, girişim özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü, satış için üretim, sermaye birikimi vb. piyasanın kurucu ilkeleridir. Piyasanın işleyiş ilkelerini hukuksallaştırıp herkese dayatabilecek güç ise siyasal alanı oluşturan devlettir. Piyasada üretim ve mübadele (alım – satım) yapılan alanda kurumsallaşmış siyasal zora dayalı ilişki görünür olarak yoktur; piyasa bu alan sözleşme ilişkilerinin eşitlik ve özgürlük alanıdır.

Devletin/idarenin/kamunun örgütlendiği siyasal alanın karşıladığı temel gereksinimler kapitalist üretim biçiminin varlığı ve işleyişini güvenceye almak ve bunun için de kendi varlığını güvenceye almaktır. Devletin (siyasal alanın) işlevlerinin belli bir tarihsel durukta hangi içerikte oluştuğu ve hangi mal ve hizmetlerin kamu hizmeti olarak nitelenebileceği, somut koşullara ilişkin verilerle özel olarak incelenmelidir. Devlet bir mal ve hizmet üretiminde piyasa ilişkilerinin kurucu ilkelerini kaldırdığında ya da eksilttiğinde kamu hizmeti oluşur. En temel bağışık kılma bir mal ve hizmet üretimini kamu tekeline almak, bir siyasal tekel oluşturmaktır. Mülkiyetteki kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkileri eksilir; mülkiyet yerine kamu sahipliği ortaya çıkabilir. İradenin nedenli ve yöntemli oluşması zorunludur. İrade özgürlüğü kaldırılır ya da sınırlandırılır. Kamu hizmetinde sermaye için ilk birikim ve üretimin sürdürülebilmesi için genişletilmiş birikim zorunlu değildir, vergilendirme yolu temeldir. Emek gücünün üretime bağlanmasında özgür sözleşme ilişkisi bozulur, çalışma ve çalıştırma zorunluluğu ortaya çıkabilir. Kamu hizmeti üretimi salt değişim (alıp – satmak, mübadele) amaçlı bir meta üretimi değil, bir gereksinimi gidermeyi amaçlayan kullanım değeri üretimidir. Bu temel kurucu ilkelerdeki bağışık kılma durumları dışında devletin üretim ve değişimi piyasanın kurucu ilkelerinden bağışık kıldığı çok sayıda alt özellik de sözkonusu olabilir.

Devletçe piyasanın işleyiş kurallarından belli oradan bağışık kılınarak üstlenilen toplumsal gereksinimleri karşılayacak mal ve hizmet üretimi olarak tanımlanması kamu hizmetini tüm devlet hizmetlerine genişletir. İdare hukuku alanında kamu hizmeti, devlet hizmetlerinin içinde yasama organının kural koyma ve yargı organının davaları görme etkinliği dışındaki tüm etkinliklerini kapsar.

### ***Mal ve hizmet***

Kamu hizmeti terimindeki “hizmet” sözcüğü, yalnızca hizmetleri değil, mal ve hizmetleri kapsar. Maliye disiplininde ise kamu malı terimi, mal sözcüğü ile oluşturulmuş olmakla birlikte mal ve hizmetleri anlatır. İdare hukukunda *kamu hizmeti* ile maliye disiplinin *kamu malı* terimleri, mal ve hizmetleri kapsar.

Maliye ile kamu ekonomisi disiplinlerinin temel kavramı olan kamu malları, mal ve hizmetleri nesnel olduğu savlanan iktisadi niteliklerine göre sınıflandırır. Mal ve hizmetler *tam özel mallar* ile *tam kamusal mallar* karşıtlığı ile sınıflandırılır. Arada yarı kamusal mallar bulunur. Sınıflandırmanın ölçüsü, para ödemeyenin yararlanmadan dışlanabilme olanağının bulunması ve maldan kaynaklanan dışsallıkların fiyat ile kavranabilmesidir. Bunların yokluğu ya da eksikliği mal ve hizmeti, kamusallaştırır. Teknolojik gelişmeler arttığı oranda mal ve hizmetler kamusalılık niteliğini yitirerek saf özel mala dönüşür. Maliye disiplinin anlayışında devletin iradesi dışlanmaktadır. Devletin (siyasal alanın) bilinçli karışmasını dışlayan bu sınıflandırma kamu hizmetlerini açıklamada kullanılamaz.

Devlet çoğunlukla hizmet üretir, mal üretimi sınırlıdır. Devletin piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda bağışık kılarak üstlendiği mal üretimi genellikle sınai ve ticari kamu hizmetleri sınıfında değerlendirilen kamu iktisadi teşebbüslerince gerçekleştirilir. Devlet çoğunlukla hizmet üretir ve hizmet üretmek için gereksindiği malların hemen hemen tamamını piyasadan satın alır. Devlete mal satmak, özel girişimciler için güvenli ve karlı bir iştir.

### ***Kamu hizmeti yalnızca yasakoyucu tarafından oluşturulmaz***

İdare hukukunda kamu hizmeti, yasakoyucunun böyle niteliği mal ve hizmetlerden oluştuğu yaygın anlayıştır. Devletin yarattığı işlevler ve görevler olarak kamu hizmeti anlayışı tüm idare hukukuna egemen olmuştur. Devlet burada yasakoyucuya dönüşür. Kamu hizmeti yasakoyucunun kamu hizmeti olduğunu söylediği hizmetlerdir. Kamu hizmetleri, devletin özgür

olarak yaratabildiği faaliyet türü olarak düşünülüyor. Yasakoyucu olarak kamu hizmeti olarak nitelenen hizmetler kamu hizmetidir. Mal ve hizmetler devletin iradesinden geçerek kamu hizmeti alanına girer. Hukuk biçimi kazanan siyasal irade kamu hizmetlerini oluşturur. Kamu hizmetleri devletin iradesinden geçerek varlık kazanır ancak devletin iradesi yasakoyucunun iradesi ile eşitlenemez. *Piyanın işleyiş kurallarından bağışık kılıcı kararların kaynağının yasakoyucu olması, yasallık ilkesi gereklilikleri dışında zorunlu değildir.*

***Kamu hizmeti bir üretilir.***

Kamu hizmeti bir üretilir. İdarenin yönetim etkinliği de bir üretilir. İdare yurttaşlardan çok üretili yönetir. Konu, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretilir. Vurgulanması gereken üretilin sözkonusu olduğudur. Mal ve hizmet üretilinin incelendiğinin unutulmaması sayesinde, kamu hizmetleri konusunun bilgi alanı genişletilmektedir. Kamu hizmetinde değışim değeri değil, kullanım değeri üretilildiğil akıldan çıkarılmamalıdır.

***Piyanın işleyiş kurallarından bağışık kılınma bütünüyle ya da kısmi olabilir.***

Özel girişim özgürlüğünün kaldırılarak tekele alınan mal ve hizmetler olabilir. Bu durumda siyasal tekel oluşur ve *tekelli kamu hizmetleri* sözkonusu olur. Piyanın işleyiş kurallarına büyük oranda benzer biçimde gerçekleştirilen kamu hizmetleri de vardır. Piyanın işleyiş kurallarından kurtarılan kamu hizmetlerinin üretili, idarenin kararıyla özel girişimcilere devredilebilir. Kamu hizmetine dönüştürülen mal ve hizmet üretilinin özel girişimciye yaptırılması durumunda, özel girişimcinin karı güvenceye alınmak zorunda olduğundan piyanın işleyiş kurallarından bağışık kılınma niteliğil azalır.

Piysada yapılan mal ve hizmet üretiline gerek örgütlenme ve işleyiş bakımından gerekse bu özellikle uyumlu biçimde hukuksal rejim bakımından en çok benzeyen, piyanın işleyiş kurallarından bağışık olma oranı en düşük olan kamu hizmetleri, *sınai ve ticari kamu hizmetleri* olarak adlandırılır. Özellikle ithal ikameci sermaye birikim rejimi döneminde devletin, gümrük tarifeleriyle korunmuş içpazara mal üreten özel sektör için ucuz aramalı üretmek ya da işgücünün temel tüketim maddelerini üreterek işçi maliyetlerini düşürmek amacıyla kurduğı fabrikalar ve işletmeler kamu iktisadi teşebbüsleri biçiminde örgütlenmiştir.

Sınai ve ticari kamu hizmetlerinin işleyişinde *ilke hukuk*, özel hukuktur, kamu hukuku daha sınırlı biçimde uygulanır. Sınai ve ticari kamu hizmetlerin üretim, mal temini, satış, pazarlama, işgücü istihdamı vb. konularda, genel olarak piyasa ile ilişkilerinde ilke hukuk özel hukuktur. Hizmet kullanıcılarının kategorik olarak üçüncü kişi sayılması ise yanlıştır. Sınai ve ticari kamu hizmetlerinin kullanımı, bir temel haktan yararlanma niteliğil taşıdığı oranda, şirket (idare) ile kullanıcı arasındaki ilişki yalın bir alım-satım (özel hukuk) ilişkisi değil, kamu hizmetinden yararlanma yani kamu hukuku ilişkisidir. Örneğil, yerel yönetim alanlarında kurulan su dağıtım örgütleri ile kullanıcılar arasındaki sözleşme ilişkisi, içme suyu temel bir hakkın kullanımı olduğil için özel hukukla kavranarak açıklanamaz.

Sınai ve ticari kamu hizmetleri örgütlenmesinde de kamu hukuku rejimine bağılı olan hukuksal ilişkiler vardır. Genel idare esasları (Anayasa m.128), sınai ve ticari kamu hizmetlerinin örgütlenme ve işleyişinde de görülür. Kamu tüzelkişiliğil niteliğil taşıyabilmeleri, bu nitelikte olanların kamulaştırma yapabilmeleri, kamu parasını kullanma yöntem ve sorumlulukları, siyasi karar alma mekanizmaları ile bağılantılanmaları, nihai olarak kamu yararını hedeflemek zorunda oluşları bu kamu hukuku minimumunu yaratmaktadır. Sınai ve ticari kamu hizmetleri olarak adlandırılan kamu hizmetlerinde, siyasal kararlarla zarar etme ve bunu görev zararı olarak genel bütçeden karşılama gibi piyanın işleyiş kurallarından bağışık olma özellikleri sürer.

***Kamu hizmetlerini kamu yararı oluşturmaz***

Bölnmüş bir toplumsal yapıda devletin kamu hizmetleri üstlenme iradesinin amacı ile ortak çıkarın ya da kamu yararının sağlanması arasında her zaman bağlantı kurulamaz. Hangi mal ve hizmetlerin piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda bağışık kılınarak devletçe üstleneceğinin ölçüsü kamu yararı değil, toplumsal kesimlerin çıkarlarının devlette temsil edilebilme derecesi ve becerisidir.

***Devletin üstlenme iradesinde açıklayıcılar***

Devletin üstlenme iradesinin kaynağını açıklarken sermaye birikim rejimi, emek süreci örgütlenme biçimleri, bölüşüm ilişkilerinin etkilerini de değerlendirmeye almak gerekir. Bunlarda ortaya çıkan tarihsel farklılıklar, devletin üstlenme iradesinin kapsamını ve bileşimini değiştirir.

Örneğin devlet işgücü piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesini üstlenmiştir. Devletin sekiz saatlik işgünü zorunluluğu getirmesi, günlük ve haftalık çalışma sürelerini denetlemesi Fordist dönemin gereklerine uygundur. Fordist dönemin istikrarlı emek piyasası arayışına karşı Post-fordist dönemde esnek emek süreci örgütlenme tekniklerine uygun esnek bir işgücü piyasası doğar ve devlet tarafından, eski düzenleme/denetleme araçları terk edilir ya da kaldırılincaya kadar işlevsiz bırakılır. Üstlenilen kamu hizmetlerinin parçalanarak özel girişimcilere gördürülmesi, buralardaki çalışma koşulların büyük oranda devlet denetiminde çıkarılması Post-fordist üretim tekniklerinin sonucudur. Genel karlılık oranlarını yeniden belirleyen bir üretim tekniği geliştirilirse devlet bundan kaçamaz. Devlet kamu hizmeti üretimini, engelleyici toplumsal direnişler olmadığı sürece buna uydurmak zorundadır.

Kamu hizmeti alanının genişliği, içeriği ve niteliğinde önemli bir belirleyen de bölüşüm ilişkileridir. Birincil bölüşümde, üretimden çıkan değer işçi ile işveren arasında paylaşılır (ücret ilişkisi). Bu zenginliğin bir bölümüne devlet tarafından vergi olarak el konulur. İkincil bölüşüm, devletin üretimden el koyduğu zenginliği yeniden topluma dağıtmasıdır. Kamu hizmeti bu ikincil bölüşümün temel varoluş biçimidir. Devletin, kamu hizmetleri aracılığıyla harcama yaptığı kabul edilir. Örneğin, devletin yüksek faizlerle borç alması ve borç ödemesi de bir kamu hizmeti örgütlenmesidir. Bu nedenle, üretimdeki zenginliğe nasıl el konduğuna (servet vergileri mi ağırlıkta, kurumlar vergisi mi ağırlıkta, dolaylı vergiler mi ağırlıkta) ve nasıl yeniden topluma döndürüldüğünü de araştırmak gerekir. Tersî durumda, tarafsız olduğunu savlayan ancak toplumsal çelişkilere duyarsızlığıyla taraf olan bir maliyeci veya hukukçu ile karşılaşırız.

***Devletin üstlenme iradesi ile toplumsal belirleyiciler arasındaki çelişki***

Devletin üstlenme iradesi ile toplumsal belirleyiciler arasındaki uyumsuzluklar ortaya çıkar. Devletin, toplumsal belirleyiciler karşısında hareketsiz kalmasını *negatif uyumsuzluk*; devletin üstlenip örgütlediği mal ve hizmet üretim alanlarının toplumsal belirleyicilerini yitirmesi durumu ise *pozitif uyumsuzluk*dur. Negatif uyumsuzluk yalnızca yapmama biçiminde değil, eksik yapma ya da yetersiz içerikte hizmet sunma biçiminde de ortaya çıkabilir.

Devletin üstlenmesi gereken toplumsal gereksinimlerin bir bölümü hukuksal nitelik kazanmış olabilir. Örneğin, devletin piyasaları düzenleme görevi anayasada kurala bağlanmıştır. Anayasadaki düzenlemelere karşın uzun süre devlet tarafından bu yönde özel bir örgütlenme oluşturulmamıştır. Negatif uyumsuzluk henüz herhangi bir hukuki nitelik kazanmamış olan toplumsal belirleyicilerden kaynaklanabilir. Örneğin, Türkiye’de özelleştirme sivil toplumun (üretim ilişkileri alanının) gereksinimi olarak ortaya çıkmış, kendini devlete dayatmış, devlet de bu istemi hukuksal biçime dönüştürüp üstlenmiştir. Bunun için anayasa değişikliği yapılmış ve özelleştirme yasası çıkarılmıştır. Devlet özelleştirmeyi bir kamu hizmeti olarak üstlenip örgütlemiştir.



Pozitif uyumsuzlukta, devletin üstlenmiş olduğu mal ve hizmet üretimi, toplumsal belirleyicilerle artık örtüşmemektedir. Örneğin, idari reformlar pozitif uyumsuzlukları düzeltme araçlarıdır. Devletin üretim ilişkilerini koruma işlevi ile devletin kendini örgütlenme işlevi arasındaki uyumsuzluk reformlarla düzeltilir. Devlet, üretim ilişkileri alanının ihtiyaçlarına yanıt veremeyen örgütlenmelerini tasfiye eder veya yeniden örgütler, yeni emek süreci örgütlenme tekniklerini uygulamaya başlar.

Devletin kurucu iradesi ile belirleyiciler arasındaki uyumsuzların hukuksal bir yaptırımı olup olmadığı tartışılabilir. Henüz hukuksal biçim kazanmamış toplumsal ihtiyaçlar sözkonusu olduğunda hukuksal bir araç da yoktur. Hukuksal biçim kazanmış toplumsal ihtiyaçların kamu hizmeti olarak örgütlenip üretilmesi için dava yolları kullanılmaya çalışılabilir. Pozitif uyumsuzluk durumlarında, idari başvurular ve izleyen davalar ile kamu hizmetinin kaldırılması veya yeniden biçimlenmesi gerekliliği yargılatılabilir. Bunun dışında negatif ya da pozitif uyumsuzluk hizmetin işleyişinde bir aksamaya ve aksama da bir zarara yol açıyorsa devletin giderim sorumluluğu bulunmaktadır.

Devletin üstlenme iradesi ile toplumsal belirleyiciler arasındaki çelişki durumlarında kullanılabilecek hukuksal olanakların ötesinde negatif ya da pozitif sapmalar, toplumsal huzursuzluk ve başkaldırıya varan sürekli toplumsal tepkiler üretebilir. Toplumsal tepkiler, devletin üstlenme iradesini düzeltici etki yaratabilir. Örneğin, elektrik piyasası alanında devletin kendi örgütlemesi ile kurmuş olduğu yapı, özel sektörden (sivil toplumdan) gelen bu alanların özel teşebbüse açılması yönündeki sürekli istekler ve mücadeleler karşısında serbestleştirilmiş ve özelleştirilmiştir. Bunun için anayasa değişikliği bile yapılmıştır. Devlet, sivil toplumdan gelen tepkileri kurucu iradesine yansıtmıştır. Oluşturulan enerji piyasasında üretilen elektrik enerjisi fiyatının kullanıcıların ödeme gücünü zorlar derece yükselmiş olmasının yaratacağı toplumsal tepkilerin devletin iradesine nasıl etki edip kamu hizmeti örgütlenmesine nasıl yansıtacağını yeni bir sorun olarak ortaya çıkmıştır.

## II. Kamu Hizmetleri Alanı

Piyananın işleyiş kurallarından belli oranda bağışık kılınarak devletçe üstlenilen mal ve hizmetlerin toplamı *kamu hizmeti alanını* oluşturur. Kamu hizmetleri alanı, *piyasa ilişkileri alanından* özerkleşmiştir.

Kamu hizmetlerinin devletçe üstlenilmiş olması, onun örgütünce üretildiği anlamına gelmez. Üretimi özel girişime bırakılmış kamu hizmetleri de kamu hizmeti alanındadır.

### *Düzenlenmiş piyasa*

Özel girişimcinin devletçe düzenlenmiş bir alanda mal ve hizmet üretmesi ile kamu hizmetleri alanında devletin ya da ondan yetki alan özel girişimcinin mal ve hizmet üretmesi farklıdır. İlkinde, girişim özgürlüğü ve piyasa işleyiş kuralları tam olarak varlığını sürmekte yalnızca kamu düzenini bozucu etkileri önleyebilmek için sözkonusu alan idarece kolluk yetkisi kullanılarak düzenlenmektedir. *Düzenlenmiş piyasa alanı* sözkonusudur. İkincisi, devlet tarafından piyananın işleyiş kurallarından belli oranda bağışık kılınarak üstlenilmiş mal ve hizmet üretim etkinliğidir, *Kamu hizmeti alanı* sözkonusudur.

İdare kolluk yetkisini kullanarak piyasa ilişkileri alanında gerçekleştirilen bir üretim ve mübadele faaliyetini düzenlemiş olabilir. Düzenleme derecesinin yoğunluğu, faaliyetin piyananın işleyiş kurallarından bağışık kılındığı izlenimi yaratabilir. Bununla birlikte, mübadele ilişkilerinin temel kurucu ilkelerine bunların özelliklerine ortadan kaldıracak oranda müdahale edilmediği sürece faaliyet piyasa ilişkileri alanında kalmaya ancak idare tarafından düzenlenmiş olmayı sürdürür.

Hat üzerinde çalışan toplu taşıma hizmetleri kamu hizmeti iken ruhsat ile çalışan taksicilik düzenlenmiş piyasa etkinliğidir. İdarenin öğrenci yurtları kamu hizmeti iken özel girişimcilerin bakanlıktan izin alarak öğrenci yurdu açması piyasa etkinliğidir.

Piyasa ilişkilerinin kamu düzenini korumak için dıştan düzenlenmesi ile piyasa işleyişinin temel kurucu ilkelerinin eksiltilmesi karıştırılmamalıdır. Toplumsal düzeni sağlamak için devlet, bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahalelerde bulunur. Toplumsal düzeni, idare hukukunda *kamu düzeni* kavramı ile belirginleştiririz. İdare sağlık, güvenlik, dirlik ve esenliği korumak için kamu gücü kullanarak hak ve özgürlüklere müdahale eder. Girişim özgürlüğü de kamu düzenini bozucu etkiler doğurmaması için idare tarafından kamu gücü kullanılarak düzenlenir. Bu düzenleme faaliyeti bir kamu hizmetidir (ya da özel bir türü olarak kolluk faaliyetidir) ancak düzenlenen alanda gerçekleştirilen üretim bir kamu hizmeti değildir. İzin işlemi (müdahalesi), özel girişimcinin faaliyetini, faaliyet ne kadar toplum için yararlı olsa da kamu hizmetine dönüştürmez. Buna karşılık örneğin tekel hakkı tanındığında ya da kamu kaynaklarından sermaye aktarıldığında böylesi bir hizmet üretiminin, özel girişimci tarafından örgütlenmiş ve işletiliyor olsa bile saf piyasa etkinliği, özel etkinlik olmayacağı görülebilir.

Piyasa alanında kalmakla birlikte devletin kararlarıyla özel girişimciler yararına piyasanın temel işleyiş kurallarında eksiltme yapılması durumunda özel girişimcinin gerçekleştirdiği mal ve hizmet üretimi *kamu hizmetine dönüşme eğiliminde olan* etkinliklerdir. İdarenin izin sistemiyle ya da farklı biçimlerde, faaliyeti kamu hizmeti olarak nitelmeden, toplumsal ihtiyaçları karşıladığı düşünülen özel girişimlere kamu yükümlülükleri getirmesi ya da kimi ayrıcalıklar tanınması sıklıkla görülür. Özel girişimlerin piyasa etkinliklerinde de kamu hizmeti özellikleri taşıyan öğeler bulunur. Özel girişimlerin etkinliklerinde piyasanın işleyiş kurallarından bağımsız kalma durumu, iktisadi ilişkinin niteliğinden ya da devletin tanıdığı desteklerden, teşviklerden, çalışanlarına getirilen örgütlenme, grev sınırlamalarından ve diğer ayrıcalıklardan kaynaklanabilir. Özel girişimcilerin piyasada etkinliklerinde kamu hizmet özellikleri yoğunlaştığı oranda bunlara kamu yükümlülükleri de getirilebilir. Örneğin, işçilerine verdiği ücretler için devletten destek alan bir işletmeye işçi çıkartmama yükümlülüğü getirilmiş olabilir.

**Madde 47** – Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.

Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir.

Düzenlenmiş piyasada gerçekleştirilen kimi mal ve hizmet üretim etkinlikleri, düzenlenme derecesinin yoğunluğuna göre idari yargı tarafından kamu hizmeti olarak nitelendirilebilir; idare tarafından düzenlenmiş özel girişimler, bunların etkinliklerinden doğan uyumsuzlukların nitelendirilmesinde, yargı düzeninin belirlenmesinde mahkemelerce kamu hizmeti olarak nitelendirilebilir. Bu tip özel girişimler *olası kamu hizmetleri (virtüel kamu hizmetleri)* olarak nitelendirilir.

Özel girişimcilerin piyasada etkinliklerinde kamu hizmet özelliklerinin yoğunlaşması, kamu yararı da zorunlu kılıyorsa özel girişimin devletleştirilmesi ile sonuçlanabilir. Anayasanın 47. maddesine göre, “Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.”

Toplumsal gereksinimleri karşılayacak mal ve hizmet üretiminin piyasanın işleyiş kurallarından bağımsız kılınarak üstlenilmesi yalnızca yasal nitelendirme ile gerçekleştirilmez. Yargı kararları ve yasallık ilkesinin sınırlarında kalmak koşuluyla idari işlemler de bir mal ve hizmet üretiminin rejimini değiştirebilir. Devlet adına irade açıklama yetkisine sahip olan her birim kamu hizmetini üstlenebilir ancak bun iradelerinin değeri, hukuk düzeninin kendilerine tanımış olduğu

bağlayıcılık gücü ile ölçülür. Piyasanın işleyiş kurallarından bağışık kılmanın anayasa kuralıyla gerçekleştirilmiş olması da olanaklıdır.

Yerel yönetimlerin kamu hizmetinin kurulmasında önemli yeri vardır. Mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması (Any. m.127) yerel yönetimlerin kamu hizmetlerinin konusudur. Anayasada belediyelerin görevlerinin yasa ile belirleneceği düzenlenmiştir. Yasada verilen görevler, yerel yönetimler için kamu hizmetidir. Ayrıca, yerel yönetimler yasalara aykırı olmamak ve yasanın çizdiği sınırlar dışına çıkmamak koşuluyla yerel ortak ihtiyaçların karşılanması için kamu hizmetleri kurabilir.

Yasalarda bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi o faaliyeti kamu hizmeti yapmaya yetmez. Piyasanın işleyiş kurallarından bağışık kılınmamış bir etkinliğin kamu hizmeti olması olanaklı değildir. Avukatlık mesleğinin yasada kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi avukatlık faaliyetinin kamu hizmeti alanına sokmaz. Öte yandan ceza yargılamasında Adalet Bakanlığınca sağlanan avukatlık hizmeti, bu etkinlikte sınırlı olmak üzere bir kamu hizmetidir.

### ***Anayasa ile üstlenilen kamu hizmeti***

Anayasa doğal zenginlik ve kaynakların işletilmesini tekelli bir kamu hizmeti olarak düzenlemiştir. Anayasanın “Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi” başlıklı 168. maddesine göre “Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir.”

Doğal zenginlik ve kaynakların aranması ve işletilmesi, anayasa ile kamu hizmeti olarak üstlenilmiş, kamu hizmetleri alanına alınmıştır. Devletin doğal zenginlik ve kaynakları arama ve işletmeye ilişkin örgütleri vardır, bunun dışında özel girişimciler ruhsat yöntemiyle arama ve işletme kamu hizmetini yerine getirebilmektedir. Anayasa ile devlet tekeline alınarak piyasanın işleyiş kurallarından bütünüyle kurtarılmış olan doğal zenginlik ve kaynakların aranması ve işletilmesinde özel girişimcilerin ruhsat biçimiyle elde ettikleri imtiyazlar özel girişimciler için önemli zenginlik kaynağıdır.

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı devletin doğal zenginlik ve kaynaklara ilişkin ulusal kamu hizmeti örgütlenmesidir. Bunun dışında 1935 yılında tüzelkişilik verilere yasa ile kurulmuş hizmet yerinden yönetim kuruluşu olan Maden Tetkik Ve Arama Genel Müdürlüğü bulunmaktadır. Devletin tekelinde olan doğal zenginlik ve kaynaklara ilişkin çok sayıda yasa bulunmaktadır. Maden Kanunu, Türk Petrol Kanunu, Jeotermal Kaynaklar Ve Doğal Mineralli Sular Kanunu ve Yeraltı Suları Hakkında Kanun temel düzenlemeleri içerir.

4.6.1985 tarih ve 3213 Maden Kanunu düzenlemiştir. Yasanın 2. maddesine göre maden, yer kabuğunda ve su kaynaklarında doğal olarak bulunan, ekonomik ve ticarî değeri olan her türlü madde madendir. Petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları bu yasanın uygulanmasında maden sayılmamış, ayrı yasalarda düzenlenmiştir. Yasanın 4. maddesine göre, “Madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde bulundukları arzın mülkiyetine tabi değildir.” Arazi üzerindeki mülkiyet hakkı, orada bulunan madenler üzerinde mülkiyet hakkı vermez.

### ***III. Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi***

**Madde 168** – Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir.

Yasada sayılan alanlarda maden aramak için idareden izin alma zorunluluğu getirilmiştir. Yasada sayılan alanlar dışında maden arama izne tabi değildir. Örneğin, bir kişi orman alanı olmayan, imarlı bulunmayan, bir başka özel mülke yirmi metre yakında bulunmayan kendi arazisinde izin almadan maden arayabilir. Madenlerin çıkarılması ve işletilmesi ise sahibi olan devletin iznine bağlıdır. İdare kişilere arama ruhsatnamesi, buluculuk hakkı ve işletme ruhsatnamesi verir. Çıkarılacak madenlerden devlete ve özel idareye pay verilmesi zorunludur. İdarenin de maden arama, çıkartma ve işletmeye yönelik kamu hizmeti örgütlenmeleri vardır. Örneğin idarenin örgütlenmesi olan Türkiye Kömür İşletmeleri'nin yanısıra özel girişime ait olan kömür madeni işletmeleri de bulunmaktadır.

30.5.2013 tarih ve 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu'na göre, "Türkiye'deki petrol kaynakları Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır (m.3)." Yasanın uygulanmasında petrol, ham petrol ve doğal gazı kapsar. Devletin mülkiyet biçimi dışında sahip olduğu petrolün aranması ve işletilmesi özel kişilere ruhsatla yaptırılabilir. Aramalarda petrol bulunursa, arama ve üretim yapılması ile üretilen petrolün satılması için işletme ruhsatı düzenlenir (m.8). Üretilen petrolün sekizde biri Devlet hissesi olarak idareye ödenir

3.6.2007 tarih ve 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar Ve Doğal Mineralli Sular Kanunu'na göre "Jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup bulundukları arzın mülkiyetine tâbi değildir." Isı ve içerik özellikleri gösteren su, buhar ve gazlar jeotermal doğal zenginliklerdir. Jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular genellikle sahibi olan idarece aranıp işletilmemekte, kişilere arama ve işletme ruhsatları verilmektedir. İdare kaynakların kullanılmasından elde edilen gelirden yüzde bir oranında pay almaktadır.

16.12.1960 tarih ve 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre, "Yeraltı suları umumi sular meyanında olup Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır." Yeraltı suyu, "yeraltındaki durgun veya hareket halinde olan bütün sular"ı kapsar (m.3). İdare yeraltı suyu işletme sahaları belirler. Kişiler bu alanlarda idareden izin alarak kuyu açabilir. Kişiler kendi arazilerinde idareden izin almaksızın su arayabilir. "İlan edilmiş yeraltı suyu işletme sahaları dışında her arazi sahibi; arazisinde yeraltı suyu aramak, suyu bulduktan sonra, bunun kendi faydalı ihtiyaçlarına yetecek miktarını kullanmak hakkına maliktir (m.5)." İdarenin belirlediği işletme sahalarında kuyu açan kimse, bulunan suyun ancak kendi faydalı ihtiyaçlarına yetecek miktarını kullanmaya yetkilidir (m.4). Bu miktarı aşan su kaynağı il özel idarelerince kiraya verilir. Ayrıca idare sulama, kullanma ve işlenerek veya doğal haliyle içme suyu olarak satılmak üzere çıkarılan yeraltı sularını da kiraya verir.

***Kamu hizmeti ile ticari hizmet sınırına örnek: Sağlık kamu hizmeti***

Hekimin veya sağlık örgütünün üretimini gerçekleştirdiği hizmetin karşıladığı gereksinim olan sağlık, anayasada bir hak olarak düzenlenmiştir.

Anayasanın 56. maddesinin I. fıkrasına göre, "herkes sağlıklı yaşama hakkına sahiptir."

Maddede sağlık hakkını karşılayacak hizmetlerin "sağlık kuruluşları" eliyle üretileceği öngörülmektedir. Sağlık kuruluşlarının çalışmasında girişim özgürlüğü sınırlandırılmıştır, "devlet, ... sağlık kuruluşlarını tek

***A. Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması***

**Madde 56** – Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.

elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.” Devletin yapacağı planlama ve düzenlemenin, girişim ve mübadele özgürlüğüne getireceği sınırlamaların özel girişimi kamu hizmetine dönüştürecek yoğunlukta olup olmayacağı ayrı bir değerlendirme konusu olmakla birlikte maddede sağlık hizmeti için devletçe kamu hizmeti örgütlenmesi kurulacağı da açıkça öngörülmüştür: “Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.” Buna göre, devletin kamu hizmeti örgütlenmesi ile sağlık hizmeti sunacağı düzenlenmiş olduğu gibi özel girişime yönelik olarak da denetlemeyi aşan bir ilişkiyi gerektirecek olan *yararlanma* öngörülmüştür.

Bu durumda sağlık gereksinimi karşılamak üzere örgütlenmiş olan idarelerde ve devletin görevini yerine getirmek üzere yararlanmakta olduğu özel sağlık girişimlerinde üretilen sağlık hizmetlerinden yararlanmak bir haktan yararlanmaktır. Kurumsal ve kişisel özel girişim olarak sunulan sağlık hizmetlerinden yararlanma ilişkisi ise devletçe planlanmasının, hizmetin düzenlenmesinin ve denetlenmesinin yoğunluğuna göre yalın bir sözleşme kurma ehliyeti ve özgürlüğünden çok bir hakkın kullanımınıdır.

Kamu hizmeti olarak yararlanılan sağlık hizmeti ile kullanıcı ilişkisinin, sözleşme hukuki biçimi ile karşılanması olanaklı değildir. Kullanıcı hakkını isterken hizmet sunucusu ise kamu yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Kamu sağlık örgütlenmesinde bu durum belirgindir.

Bireysel ve kurumsal özel girişimcilerce sunulan sağlık hizmetinden yararlanma ancak mali yönü sözleşme biçimi kazanabilecek olan hak ilişkisidir. Kişinin vücut bütünlüğü ve sağlığı sözleşme konusu yapılamaz, sağlık girişimcisi de sağlık hizmetinin hukuk veya meslek kurallarına dönüşmüş veya tıp biliminin gerekleri olarak kendini dayatan konularını sözleşme konusu yapamaz. Nitekim sağlık hizmetlerinin sunumu ve hekimlik mesleğinin icrası devlet ve meslek odaları tarafından ayrıntılı emredici kurallara bağlandığı gibi hastaların hizmetten yararlanmadaki seçimi olanakları da mevzuatta bir hak olarak tanınmaktadır.

Anayasanın “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48. maddesine göre “Herkes, ... sözleşme hürriyetine sahiptir.” Sözleşme özgürlüğü içeriksizdir, soyut bir yapabilme gücü, ehliettir. Somut emeğe değil, soyut emek gücüne; kullanım değerine değil değişim değerine benzer. Sözleşme özgürlüğü, kapitalist toplumsal formasyonda hakların soyut olanağıdır. Tüm haklar sözleşme kurma özgürlüğüne indirgenebilir. Bu genel ilke, bozulmalara/ayrıklara uğrar, devletin kamu hizmeti örgütlemesi bu ayrıklardan/bozulmalardandır. Devletin sağlık hizmetini, piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda bağışık kılarak üstlenmiş olduğu durumlarda yararlanma sözleşme biçimini alamaz. Bir temel hakkı karşılamak üzere vergilerle, kamu gücü ve yükümlülükleriyle örgütlenmiş idare, sözleşme kurma özgürlüğünün taşıyıcısı olmadığı gibi hizmetten yararlanmak isteyen kişi de soyut bir sözleşme kurma özgürlüğünün kullanıcısı değil sağlık hakkından, yani bir kullanım değerinden, yararlanmak isteyen kişidir. Devletin üstlenmiş olduğu ve doğrudan doğruya üreterek sunduğu sağlık hizmetinden yararlanma sözleşme biçimi alamaz, öyleymiş gibi görüldüğü, bu biçim verilmeye çalışıldığı durumlarda da sözleşme tüm ilişkiyi kavrayamaz. Bir hakkın kullanım istemi sözleşme için icap veya icaba davet değildir. Devletin (idarenin) piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda bağışık kılarak (-ki sağlık alanında piyasanın temel işleyiş ilkelerinin devredışı bırakılma derecesi son derece yüksektir. Genel sağlık sigortası, kamu gelirlerinden karşılanma derecesi, sosyalleştirme, hekimlerin çalışma hakkına ilişkin sınırlamalar, özel girişime getirilmiş olan izin sınırlamaları vb. ilk akla gelenlerdir.) üstlenmiş olduğu hizmetin üretimini, doğrudan doğruya kendi personel, araç gereç ve örgütüyle gerçekleştirmediği piyasa ile ilişkiye geçerek hizmetin tamamını veya temel parçalarını özel girişimciye yaptırdığı durumlarda artıdeğerin veya bunun ikincil bölüşümünün önemli bir bölümü özel girişimciye aktarılmakta olsa da kullanıcı ile hizmet sunan arasındaki ilişkinin niteliği ve

hukuki biçimi değişmemektedir. Kamu sağlık hizmetinden yararlanmak isteyen kişi bu isteğini bildirmekte ve idare de doğrudan veya aracıyla hizmet sunmaktadır.

Sağlık hakkının Anayasadaki düzenlemesi, kamu ve özel kesimlerdeki sağlık kuruluşlarını kabul etmekte, devlete sağlık hakkını doğrudan kamu kuruluşlarında üreterek ve özel girişimlerden yararlanarak gerçekleştirme görevi vermektedir. Sağlık hakkının karşılanması için devletin kurduğu örgütlenme genel idare (bakanlık) içinde veya ayrı kamu tüzelkişilikleri biçiminde ortaya çıkmaktadır. Sağlık kamu hizmetinin idari örgütlenmesinin içinde meslek mensuplarının idari örgütlenmesi de bulunmaktadır. Anayasa belli bir mesleğe mensup olanlar için bir örgütlenme öngörmüştür. Sağlık kamu hizmetinin üretiminde hekimlik mesleğini yürütecekler için bu idari örgütlenme Tabip Odaları ve üst örgütü olan Türk Tabipleri Birliği'dir. Tabip Odaları ve Birlik Anayasanın 135. maddesinde düzenlenmiş olan “kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları”ndandır. 1928 yılında kurulan 1953 yılında yeniden düzenlenen Tabip Odaları ve Birlik, 1982 Anayasası'nın 135.maddesine uygun olarak hekimlik mesleğinin “genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak”, “meslek disiplini ve ahlakını korumak” (Any. m.135/I) amacıyla varlığını sürdürmektedir.

Devletin doğrudan kamu kuruluşlarında veya özel girişimlerden yararlanarak gerçekleştirmekle görevli olduğu sağlık hakkının temel sunucusu ve işgücü olan hekimlerin, mesleklerini mesleki disiplin ve deontoloji kurallarına uygun gerçekleştirmelerini ve onların mesleki çıkarlarını korumak üzere devlet tüzelkişiliği dışında bir idari örgütlenme olarak Tabip Odaları ve Birlik kurulmuştur. Sağlık kamu hizmetinin anayasal düzenlenmesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu hizmetinin işgücünün mesleki örgütlenmesi olarak yer almaktadır.

Sağlık hakkının Anayasadaki düzenlemesi, kamu ve özel kesimlerdeki sağlık kuruluşlarını kabul etmekte, devlete sağlık hakkını doğrudan kamu kuruluşlarında üreterek ve özel girişimlerden yararlanarak gerçekleştirme görevi vermekte, hekimlerin mesleki örgütlenmesi için de devlet tüzelkişiliği dışında ayrı bir idari örgütlenme oluşturmaktadır. Özel sağlık girişimleri, devletçe düzenlenme biçimi nedeniyle kamu hizmetine dönüşme eğilimi olan hizmet niteliği taşımaktadır.

#### ***Düzen sağlayıcı kamu hizmeti: Kolluk***

İdare, düzen sağlayıcı hizmetler de üretir. Güvenlik, sağlık, dirlik ve esenliğin oluşturduğu kabul edilen kamu düzenini koruyucu ve sağlayıcı hizmetlere idare hukukunda *kolluk* adı verilir. İdarenin *kamu düzenini* koruyucu ve sağlayıcı hizmetler üretmesi kolluk etkinliğidir. Devletin düzen sağlama hizmetleri, *kolluk* olarak adlandırılır.

Kolluk, kamu hizmetinden ayrı bir idari işlev değildir; idarenin işlevini oluşturan kamu hizmetinin bir türüdür. Kolluk, konusu kamu düzeninin sağlanması olan kamu hizmetidir; yararlandırıcı olmaktan çok bastırıcı nitelikte olan *düzen sağlayıcı hizmetlerden* oluşur. Kolluk, yararlandırıcı edimlerde bulunma değil düzene koyma etkinliğidir.

Yararlandırıcı edimlerden oluşan kamu hizmetleri ile kayıtlayıcı ve bastırıcı edimlerden oluşan kamu hizmetleri arasında ayırım yapılabilirse de bunların tümü idarenin kamu hizmetidir; kolluk hizmetlerine özgü olanlarla birlikte idari rejimin temel ilkeleriyle düzenlenir.

Devlet üretim ilişkilerinin korunması ve sürdürülebilmesi için yapması gerekenleri, üretim ve değişim ilişkilerinde hizmetler üstlenerek ve devlet şiddetiyle bir düzen yaratarak yerine getirir. Devletin şiddet rolü ile devletin yararlandırıcı rolü arasındaki ilişki ve oluşan bileşim, ikisi arasındaki dengeyle belirlenir. Yararlandırıcı hizmetler azaldığı oranda bastırıcı etkinlikler artar. Devletin, doğrudan üretebildiği ya da denetleyebildiği ideolojik araçlar, yararlandırıcı hizmetler ile bastırıcı hizmetler arasında geçici dengeler sağlayabilir, bunlar toplumsal yaşamın bireylerce algılanışlarını belirleyerek huzur üretebilir.

*Kamu düzeni*, bireylerin birikimli ve kolektif etkinliğinin ürünü olsa da tek tek bireylerin bilinç ve eyleminden bağımsız varolan toplumsal düzen içinde, bunun belirleme ve sınırlarında devletin örgütünce belirlenen, korunan ve dayatılan *kurallı durumu* anlatır. Kamu düzeni, yapısal durum üzerinde devletin iradi müdahalesidir. Tarihsel olarak birikimli oluşan ve sürekli kolektif devinimle belirlenmekte olan toplumsal düzen içinde devletin istençli belirlemesidir.

Devlet örgütünce belirlenen, dayatılan ve korunan kurallı durum, birikimli toplumsal gelişimin ortak değerlerinin, egemen üretim ilişkilerinin temel gereklerinin ve devlet aygıtının kendisini korunmasıyla oluşur. Kamu düzeni, toplumun ortak değerleriyle belirlenen güvenlik, dirlik ve sağlığı değil, üretim ilişkilerinin gerekleriyle belirlenmiş güvenlik, dirlik ve sağlığı korur.

Toplumsal varoluşa kurallı duruma doğru düzen vermek, toplumu düzgülemek için insan davranışlarına şiddet ya da şiddet tehdidinin uygulanması gerekir. Şiddetin uygulanması gibi uygulanması gereken durumlarda uygulanmaması da bir düzen sağlama, düzgüleme yöntemidir. Kamu düzeninde, düzen verenler ile düzgülenenler vardır.

Devlet, silahlı insanların ve silahlı toplulukların silahsızlandırmasıyla ve onların gücünü aşan bir silahlı örgütlenmeyle var olur. Devlet ülke üzerinde örgütlenmiş şiddet tekeline sahiptir. Devletin toplum üzerindeki şiddet tekeli, devletin örgütsel işbölümüyle kurulur. Kamu düzenini koruyan örgüt ile ülkeyi ve egemenliğini koruyan örgüt ayrılmıştır. Ordu silahlarının niteliği ve örgütünün genişliği ile devletin diğer şiddet aygıtlarını ve tüm toplumsal kesimleri aşan sonal şiddet uygulayıcısıdır.

Kolluk, bireylerin birikimli ve kolektif etkinliğinin ürünü olsa da tek tek bireylerin bilinç ve eyleminden bağımsız varolan toplumsal düzen içinde, bunun belirleme ve sınırlarında devletin örgütünce belirlenen, korunan ve dayatılan *kurallı durumu*, kamu düzenini, sağlamak için idarenin temel hak ve özgürlükleri sınırlayan veya temel hak ve özgürlüklere değgin faaliyetlerde bulunmasıdır. Kolluk, kişi özgürlükleri ile ilgili ve onunla gerilim içindedir. Kolluk, kamu düzenini sağlamak için idarenin kişiler üzerinde zor veya zorlama kullandığı etkinlikleridir.

#### **A. Kamu Hizmetinin Üretilmesinde Emanet Yöntemi ve Piyasa İle İlişkiye Geçme Yöntemleri**

Kamu hizmeti devlet tarafından, piyasanın işleyiş ilkelerinden/kurallarından belli oranda bağışık kılınarak üstlenilmiş olan, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimidir. Toplumsal ihtiyaçları karşılayacak kimi mal ve hizmet üretme faaliyetlerini belirli oranlarda piyasa dışına aktararak üstlenmesi devletin kamu hizmeti olarak üstlendiği alanda bizzat faaliyette bulunduğunu göstermez. Devlet kamu hizmeti olarak üstlendiği her alanda toplumsal ihtiyacı karşılayacak hizmeti kendisi üretmez. Kamu hizmeti alanlarında siyasal örgütün faaliyet göstermesi asıldır; zira bu alanlar piyasanın işleyiş kurallarından bağışık kılınmış nitelikleriyle ayrıcalık veya sınırlanma alanlarıdır. Genel olarak kamu hukuku, özel olarak da idare hukuku özü itibarıyla siyasal örgütlenmenin ayrıcalıklarının hukukudur. Piyasa aktörlerinden herhangi birinin sözkonusu ayrıcalıklara sahip olarak faaliyet göstermesi üretim ilişkileri alanının işleyiş kurallarına aykırıdır. Bu durumlarda faaliyetin herkesin örgütü olan devlete bırakılması gerekir. (Neo-klasik iktisadın bazı malları kamusal mallar olarak tanımlayıp üretimini devlete bırakması da bu anlayışa dayanır. Piyasa aktörlerinden herhangi biri tarafından üstlenilmesi durumunda piyasanın işleyişini bozacak faaliyetler devlete bırakılır.) Doğal ya da siyasal tekellerin bulunduğu alanlarda kural devletin faaliyet göstermesidir.

Siyasal güç kullanılmasıyla elde edilebilecek piyasa kurallarından kurtulma ayrıcalıkları yine ancak siyasal örgüt tarafından kullanılmalıdır. Faaliyetlerini kişilerden zorla alınan paralarla finanse etme yani vergi toplama; sözleşme özgürlüğü ve bunun sonuçlarından bağışık olarak

işgücü kullanma, kamu görevlisi çalıştırma; satış bedelini piyasanın değerlendirme kurallarından bağımsız olarak belirleme; tekelleri durumlarından yararlanma; alım satım ilişkilerinde kimi zaman sözleşme özgürlüğü kurallarından bağımsız olma; olağanüstü durumlarda olağanüstü yetkilerden yararlanma ve bütün bunların yanı sıra, idare hukukunun uygulandığı ülkelerde, faaliyetlerinin büyük bir kısmında sivil toplumun tabi olduğu hukuktan ve yargı düzeninden farklı bir hukuka ve yargı düzenine tabi olma. Bunlar, kural olarak piyasa aktörlerinin kullanabileceği ayrıcalıklar değildir. Ancak, pek çok durumda devlet kamu hizmeti olarak üstlendiği alanda faaliyeti gerçekleştirmeyi piyasa aktörlerine bırakır. Devlet bir alanı kamu hizmeti olarak üstlenmekte fakat o alanda toplumsal ihtiyacı karşılayacak üretimi yapmayı piyasa aktörlerinden birine (özel kişiye) bırakmaktadır. Faaliyetin kamu hizmeti niteliği kazanmasından kaynaklanan piyasa kurallarından bağımsız olma ayrıcalıklarından yine piyasa aktörlerinden biri yararlanmaktadır. Söz konusu durumun, en önemli ve yaygın hukuki usullerinden birinin dilimizde “imtiyaz” olarak adlandırılması kavramla terim uyumunun iyi bir örneğini oluşturmaktadır.

### Seçiş ilkesi

Kamu hizmeti, bir mal ve hizmet üretimidir. İdare hukukunda hizmetin yürütülmesi, gördürülmesi vb. terimler kullanılsa da söz konusu olan üretimdir. Kamu hizmeti alanında devletin piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda bağımsız kılınarak üstlendiği mal ve hizmetin üretimi yapılır.

Kamu hizmeti alanında gerçekleştirilecek üretimin bu alanı kuran devlet tarafından yapılması gerektiği düşünülebilir çünkü kamu hizmeti alanı, yükümlülüklerin yanı sıra olağan piyasa aktörlerinin sahip olmayacakları bir ayrıcalıklar alanıdır, çoğunlukla güvenceli kar söz konusudur. Kamu hizmeti alanında mal ve hizmet üretimi üstlenen özel girişimci, kamu hizmeti alanıyla hangi hukuksal yöntemle bağlantı kurmuş olursa olsun genellikle büyük kar sağlamaktadır. Kamu hizmeti alanında üretim imtiyazı elde etmiş olmak diğer piyasa aktörleri ile arasında eşitsizlik yaratır. Bu nedenle kamu hizmeti alanındaki üretimi devletin yapması gerektiği düşünülebilir ancak piyasa aktörleri, yüksek karlar karşısında devletin hakemliğinden rahatlıkla vazgeçerler, imtiyazları almak için eşit ve açık yarışma sağlanmasını yeterli görürler.

Kamu hizmeti alanı kapitalistler için yeni ve güvenceli karlılık alanlarıdır. Bu durumu, kapitalizmin gelişiminde, kapitalist olmayan toplumsal yapıları ve coğrafyaları ele geçirmesini anlatan ilkel birikim kavramı ile açıklamaya çalışan yaklaşımlar vardır. Kamu hizmeti alanı, piyasanın işleyiş kurallarından siyasi alanın örgütüne belli oranda bağımsız kılınmış mal ve hizmet üretim alanları olduğuna göre ilkel birikim akla gelebilir. Ancak, kamu hizmeti alanı kapitalist toplumsal formasyon içindedir. Kapitalizmin kurallarından tam olarak bağımsız olmadığı gibi, bağımsızlık durumu da kapitalizm öncesi veya sonrası kapitalist olmayan bir toplumsal formasyona da bağlı değildir. Yani, kapitalistlerin kamu hizmeti alanına girmesi, kullandıkları yöntemler, iştihlari, rüşvet gibi illegal araçlara başvurmadan çekinmemeleri, işgücü istihdamında son derece acımasız olmaları gibi nedenlerle bir yağmayı çağırırsa da ilk birikim (ilkel) birikim durumuna benzememektedir. Ayrıca, ilk (ilkel) birikim döneminde kapitalizm ile kapitalizm öncesi toplumsal formasyonlar arasında yaşanan çelişkinin yerini günümüzde kapitalizm ile kapitalizmötesi arasındaki çelişki almıştır.

Kamu hizmeti alanında yapılacak üretimde, emanet yönteminin kural olduğu mantıksal olarak ortaya konulsa bile tarihsel/toplumsal belirlenimler, kamu hizmeti alanındaki üretimin özel girişimciler tarafından gerçekleştirilmesini kural haline getirmektedir.

Hukuk bir tercih dayatmaz. Dayatılan tek şey kurallar hiyerarşisini bozmamaktır. Kamu kesimi otarşik bir yapı değildir; tüm ihtiyaçlarını kendi kaynaklarıyla, kendi içinde üreterek karşılaması olanaklı değildir. Sorun, hangi ilkenin egemen olacağıdır. İlke olarak kamusal kaynaklara ağırlık verilerek kamu üretimi mi yapılmalıdır, yoksa hizmetin yerine getirilebilmesi için gerekli olan



mal ve hizmetler özel kesimden mi karşılanmalıdır? Cumhuriyetin kuruluş yıllarının milli iktisat anlayışıyla başlayıp savaş sonrasının ithal ikameciliği ile yerleşen modelde vurgu, birincisinden yana idi; ancak çoktan beri ikincisiyle yer değiştirmiş; kamu kesimine hakim olan paradigma değişmiştir. İlginç bir şekilde, kamu kesimi çalışanları ve özellikle yöneticileri kamu örgütünde yapılacak her türlü üretimin, doğası gereği, özel girişimde gerçekleştirilen üretime göre verimsiz, kalitesiz ve masraflı olduğuna inanmıştır. Kamu kesiminin, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde özel kesimle gerçekleştirdiği her alım satım ilişkisinin zorunlu olarak bir seçim süreci olması; kamu yöneticilerini, kamu kaynaklarına ulaşmak için hevesli olan özel girişimin her türlü yönlendirmesine açık hale getirmektedir. Belki de kamu yöneticilerinin neo-liberal tezlere bu denli yatkın olmasının nedeni, sözkonusu açıklığın neredeyse sınırsız şekilde gerçekleşmesidir. Bu durumda neden emanet, yani doğrudan kamusal yöntem değil de özel girişimciden yararlanma yolunun seçildiğinin yanıtı, geçerli olan iktisadi sistemin adında gizli olduğu gibi; liberal kuramdaki, kamu girişimlerinin doğası gereği verimsiz, özel girişimlerin ise doğası gereği verimli olduğu varsayımının, çelişik biçimde kamu görevlilerinde ve aydınlarda geçerli paradigma gelmesinde de aranabilir. Özel girişimciler, kamu hizmeti alanındaki mal ve hizmet üretimini kendilerinden (piyasadan) çalınmış alanlar olarak görürler. Bunlar yeniden kendilerine dönmesi gereken kârlılık alanlarıdır. Bu nedenle kamu hizmeti alanları mümkün olduğunca piyasaya açılmaktadır.

Kamu hizmeti alanında bir üretim yapılmaktadır. Üretimde zenginlik (değer) yaratılır. Yaratılan bu değer, emanet yönteminde yine kamu hizmeti alanı içinde kalır. Bu alandaki üretimi özel girişimci yaparsa elbette, kâr etmek için yapar. Kamu hizmeti alanında yaratılan değeri (zenginliği) özel girişimci kâr olarak alır ve malvarlığına dahil ederek piyasa alanına taşır. Bu noktadan sonra, kamu hizmeti alanında gerçekleşen zenginlik özel girişimcinin karı olarak piyasaya taşındıktan sonra, kamunun bunun üzerinde söz söyleme iktidarı kalmaz. Özel girişimciler için kamu hizmeti alanındaki imtiyazlardan elde ettikleri kârlar, piyasadaki diğer yatırımları için önemli kaynaklardır. Türkiye’de büyük girişimcilerin geçmişinde genellikle devlet ihaleleri ile zenginleşme vardır. “Çalma, çarpma, hortumlama vb.” durumlar değerlendirme dışı bırakılmıştır. Bu tür bozucu etkenler olmasa bile, tamamen yasal yöntemlerle zenginlik aktarımı gerçekleşir. İşin niteliği bunu gerektirir. Özel girişimci hakkı olan kârı, malvarlığına geçirdiğinde, yani kamu hizmeti alanı dışına taşıdığına, açıktır ki kamu hizmeti alanı fakirleşecektir. Kullanıcılar (halk), hizmetin bedelini ödeyecek, hizmeti alacak ancak kurulan iktisadi ilişkinin yaratabileceği zenginlik kamu hizmeti alanına kalmayacak, vatandaşlar bunların biriktirilmesi ile elde edebilecekleri, kamu hizmetlerinin genişletilmesi, derinleştirilmesi, yoğunlaştırılması, çapraz-desteklerle ücretsizleştirilmesi gibi olanakları yitireceklerdir.

Kamu hizmeti alanında yapılacak mal ve hizmet üretimini piyasaya yaptırmak konusundaki kararımızı, gelir dağılımına ve toplumsal sınıflar arasındaki ilişkilere yönelik anlayışımız belirleyecektir. Gerçekleştirmek ve sonuçları bakımından ikincisi önemli bir rahatlık sağlasa da her iki tercih de sistem dışı değildir. Seçim ilkesi konusunda kanunlarda genellikle bir belirleme bulunmamaktadır.

### 1. Birinci Tip: Emanet

Piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda bağışık kılınarak üstlenilmiş olan mal ve hizmet üretiminin, devlet (idare) tarafından kendi örgütü, personeli, araçları ve finansmanı ile üretilmesi durumu idare hukukunda *emanet yöntemi* olarak adlandırılır. Terimde, birisine bırakma anlamı bulunmakta ve terim ilk elde devletin kamu hizmetlerini birisine bıraktığı çağrışımı yapmaktadır. Emin devlettir. Devletin kendisine emanet edilmiştir. Günümüzde teknik anlamıyla kamu hizmetlerinin devlet tarafından üretilmesini anlatır. Tipik görünümü bakanlık örgütlenmesidir.

Her bakanlık bir veya birkaç kamu hizmetine denk düşer. Kamu hizmeti alanındaki tüm üretimin devlet (idare) tarafından örgütlenmesi, idarenin sahibi olduğu üretim araçları ve idarenin satın alacağı emek gücü ile gerçekleştirilmesi ve kamuya sunulması olanaklıdır.

Emanet, devlet örgütlenmesinin kendisini, klasik biçimini, çekirdeğini ifade eder. Devlet örgütlenmesinin temelini oluşturan, örgütlü zor kullanma tekeline, ulusal güvenliğe ve adalet sağlamaya yönelik hizmetler, kural olarak bu temel örgütlenme çekirdeğinde yer alır. Kamu hizmetleri, bakanlıklar biçiminde örgütlenir. Kamu hizmetinin örgütlenmesi, bakandan başlayarak, genel müdürlükler, müdürlükler, daireler vs. şeklinde en alt birimlere kadar inen bakanlık teşkilatı şeklinde somutlaşır. Bakanlıkların klasik yapısına ek olarak, bakanlıklara bağlanarak teşkilatına dahil edilmiş kamu tüzelkişiliğine sahip olmayan kamu hizmeti birimleri de bulunmaktadır. Yeni ihtiyaçlar doğrultusunda bakanlıklar yaratılabileceği gibi devletin üstlendiği alanları terk etmesi üzerine bunlar kaldırılabilir de.

Emanet yöntemi genel yöntemdir ve tüm kamu hizmetlerine uygulanabilir. Emanet yöntemiyle üretilmesi bakımından kamu hizmetleri arasında ayrım yapılamaz. Gerek klasik (idari) hizmetler ve gerekse iktisadi hizmetler emanet yöntemiyle üretilebilir. Ancak hizmetin karşıladığı toplumsal ihtiyacın özelliklerinden kaynaklanan örgütlenme farklılıkları, özellik gösteren hizmetler için tanınabilecek istisna ve muafiyetler, özgü işleyiş biçimleri de olabilir. Sınai veya ticari kamu hizmetlerinin çoğu şirket şeklinde örgütlenmektedir. Devletin kolluk yetkileri içinde yer alan denetleme ve düzenleme faaliyetlerini yerine getirmek için de klasik idari örgütlenme dışında yer alan bağımsız idari kurumlar oluşturulmaktadır.

Kamu hizmetlerinin üretilme yöntemlerini piyasa ilişkisi bağlamında anlattığımızdan buradaki “devlet”, genel idareyi anlatmaz, tüm idari örgütlenmeyi anlatır. Genel idare (devlet tüzelkişiliği) dışındaki kamu idareleri, kamu kurumları ve devletin denetiminde olan özel girişim görünümlü idareler de üstlendikleri kamu hizmetlerini ilke olarak emanet yöntemiyle üretirler.

Emanet yönteminin yaratabileceği katılığı esnetmek için geliştirilen yöntemler vardır. Emanet için hizmetlerin devlet tarafından bizzat yerine getirmesi dediğimizde “devlet” sadece merkezi idare olarak anlamamız gerekir. Çünkü karışıklık kurduğumuz şey piyasa aktörleridir. Piyasa girişimcileri ile devlet karışıklığında devleti tüm idare örgütlenme olarak düşünmeliyiz. Kamu kurumları, yani bazı hizmetlere devletten ayrı tüzelkişilik kazandırılması da bir emanet biçimidir. (Fransız idare hukukunda, tüzelkişilik kazandırılmış kamu hizmetleri emanet sayılmamaktadır.) Döner sermaye uygulaması, katma bütçe uygulaması bu niteliktedir.

## 2. İkinci Tip: İmtiyaz yöntemi

Devletin, piyasa ilişkilerinin kimi kurallarından bağımsız kılarak üstlendiği alanlarda, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimini kendisinin yapması (emanet yöntemi) kuraldır ancak kamu hizmeti alanında üretim yapma yetkisi, devlet tarafından çeşitli hukuksal biçimlerle özel girişimcilere de bırakılabilir.

İmtiyaz, kamu hizmeti alanındaki bir mal ve hizmet üretiminin bütünüyle özel girişimciye yaptırılmasıdır. Piyasanın işleyiş kurallarından bağımsız kılınmış olma ayrıcalığı bir özel girişimciye verilmekte olduğundan yöntem, imtiyaz olarak adlandırılır. İmtiyaz yönteminde idarenin özel girişimcilerle kurduğu iktisadi ilişki çeşitli hukuksal biçimler alabilir.

Kamu hizmetinin üretileceği yapılarının kurdurulması, kurulan tesislerin işletilmesi ya da her ikisi birlikte özel girişimcilere bırakılabilir. İlke olarak özel girişimci mal veya hizmet üretimi için gerekli tesis ve örgütlenmeyi kurar ve işletmeye geçer. İmtiyaz, kamu hizmeti alanındaki bir mal ve hizmet üretiminin bütünüyle özel girişimciye yaptırılmasıdır. Piyasanın işleyiş kurallarından

bağışık kılınmış olma ayrıcalığı bir özel girişimciye verilmekte olduğundan yöntem imtiyaz olarak adlandırılır. İmtiyaz yönteminde idarenin özel girişimcilerle kurduğu iktisadi ilişkinin hukuksal biçimi farklı farklı ortaya çıkabilir.

İdarenin bir özel girişimciye kamu hizmeti imtiyazı vermesinde tek yanlı hukuksal biçimler ya da sözleşmecî biçimler kullanılabilir.

1. *İmtiyazda tek yanlı hukuksal biçim*, ruhsat (lisans, izin) olarak adlandırılır.
2. İmtiyazın sözleşme ile tanınması durumunda,
  - a. Genel biçim *imtiyaz sözleşmesidir*.
  - b. Kamu hizmeti tesisini kurma, işletme, risk ve karın dağıtımı öğelerinin farklılaştırılmasıyla yeni *idari sözleşme biçimleri* ortaya çıkabilir.

Kamu hizmetleri alanında imtiyaz elde edecek özel girişimcilerden söz edildiğinde tek bir şirket akla gelmemelidir. Tek bir şirketin imtiyaz aldığı durumlar enderdir. Genellikle birkaç şirketin bir araya geldiği ortaklıklar kamu hizmeti imtiyazı alırlar. İmtiyazı tek bir şirketin aldığı durumlarda da üretim yapısının kurulabilmesi ya da işletme örgütlenmesinin yapılabilmesi için büyük miktarda sermaye gerekir ve bu sermaye yerel ya da uluslararası finansal kuruluşlardan sağlanır. İmtiyazcı şirketler, mali sermaye gruplarıyla birlikte hareket ederler. İmtiyazcının kamu hizmeti alanında elde etmeye çalışacağı karın içinde bu işe para yatıracak finansal kuruluşların karı da bulunmak zorundadır. Bir kamu hizmetinin özel girişimciye ürettirilmesi, bütçe üzerinden bir yükü kaldırıyor gibi görünse de genellikle dış borçlanma sonucu doğurmaktadır.

#### ***İdarenin Tek Yanlı İşlemyle Ortaya Çıkan Biçim: Ruhsat (lisans, izin)***

Ruhsat (izin, lisans), kolluk (kamu düzenini koruma) hizmetinde kullanılan hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi yöntemidir. Ruhsat konusu olan etkinlikler kamu hizmetleri değil, mübadele ilişkileri alanın özel girişimleridir. Piyasa ilişkileri alanındaki bir girişim yasaca, idareden izin alma koşuluna bağlanmıştır. Ruhsat (izin, lisans) kamu düzenini korumak için bir özel girişimin idareden alınacak izne bağlanması yöntemi olduğundan ilke olarak kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi yöntemi olarak kullanılamaz. Ruhsattaki tek yanlılık, yaptırma şeklinde ortaya çıkmaz, yapılmasına izin verme şeklinde görülür. Özel girişimcinin istemi yokken idarenin ondan işin yapılmasını istemesi ancak olağanüstü durumlarda olabilir.

Doğal zenginlik ve kaynakların işletilmesi anayasa tarafından devlet tekeline alınmış ancak bunların özel girişimcilere işletirebileceği de öngörülmüştür. Doğal zenginlik ve kaynakların özel girişimciler tarafından aranması ve işletilmesi işi tek yanlı hukuksal biçim olan ruhsat ile gerçekleştirilmektedir. Maden Kanunu, Türk Petrol Kanunu, Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu ile Yeraltı Suları Hakkında Kanunu'nda ruhsat yöntemi düzenlenmektedir.

14.3.2013 tarih ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve satışına ilişkin kamu hizmetlerinin özel girişimcilere yaptırılması piyasa ilişkilerine benzetilerek düzenlenmiştir. Benzetme çabasının içinde sözleşme ve girişim özgürlüğünün bulunduğu piyasa ilişkileri alanındaki etkinliklere kamu düzenini korumak için uygulanan izin (ruhsat, lisans) kurumu kullanımı da bulunmaktadır. Elektrik Piyasası Kanunu'na dayanılarak Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği (RG, 2.11.2013, 28809) çıkartılmış ve *piyasaya benzetilmiş kamu hizmeti alanında* lisans (ruhsat, izinler) düzenlenmiştir. Yönetmelikte "Lisans: Piyasada faaliyet göstermek isteyen tüzel kişiye Kurumca verilen izin belgesini" biçiminde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 5. maddesine göre, "Piyasada faaliyet göstermek isteyen tüzel kişi, faaliyetine başlamadan önce; bu Yönetmelik kapsamındaki istisnalar hariç, her faaliyet için ve söz konusu faaliyetlerin birden fazla tesiste yürütülecek olması hâlinde, her tesis için ayrı lisans almak zorundadır."

Ruhsat, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinin özel girişime bırakılması yöntemi olarak kullanıldığında çelişkiden kurtulmak için “kolluk yetkisinden kaynaklanan ruhsat” ve “kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesinde kullanılan ruhsat” ayrımına gidilmekte ve ikincisine genellikle bir sözleşme ya da şartname de eşlik etmektedir.

Ruhsatlar, süreli ya da süresiz verilebilir; kamu hizmetlerinin örgütlenme biçimindeki değişiklik doğrultusunda, hukuk güvenliği ve öngörülebilirliği koruyarak sona erdirilebilir. Özel girişimciden idareye geçecek değerler için ödeme yapılması gerekirse de siyasal alanın parçası olan geleceğin tazmin edilmesi gerekmez.

### ***Sözleşmeyle Ortaya Çıkan Biçim: İmtiyaz Sözleşmesi ve Kamu Hizmeti Gördürme Sözleşmeleri***

Hizmetin işleyişi için gerekli tesisi kurmak da bunu işletmek de kamu hizmetinin yerine getirilmesidir. Köken olarak, *bayındırlık işleri imtiyazı* işletmeyi kapsayan kamu hizmeti imtiyazını önceler. Fransa'da kanal ve baraj inşası ve bataklıkların kurutulması işlerinin özel kişilere yaptırılması bayındırlık imtiyazı biçimiyle gerçekleştirilmişti. 19. yüzyılın ortalarından başlayarak bu yöntem, demiryolları, su, gaz ve elektrik dağıtımı gibi konularda yapım işlerine ek olarak hizmetin de özel kişilere yaptırılmasını kapsamaya başlamış ve kamu hizmeti imtiyazı yöntemi ortaya çıkmıştır.

Kamu hizmeti tesislerinin yapımı işi uzun süreli ve kamu ayrıcalıkları içeren bir iş olduğundan *bayındırlık hizmeti imtiyazı (concession de travaux public)* oluşturur, yalın inşaatçılık, müteahhitlik işlerinden farklıdır. Bununla birlikte Türk hukukunda kamu hizmeti tesislerinin kurdurulmasında özel kişiden yararlanılması imtiyaz kapsamında değerlendirilmemekte; bunlar Devlet İhale Kanunu kapsamında yapıldığından, kamu hizmetinin yerine getirilebilmesi için gerekli olan tesislerin kurulması, bir istisna akdi, bir taahhüt işi olarak nitelenmektedir. Bu yorum Anayasanın 47. maddesinde 1999 yılında yapılan değişiklikten sonra dayanaksız kalmıştır.

İmtiyaz kavramı, kamu hizmeti olarak devletçe üstlenilen alanlarda toplumsal ihtiyaçları karşılayacak bir mal ve hizmet üretiminin, özel girişimcinin kendi sermayesiyle, olumlu ve olumsuz sonuçları, yani kâr ve zararı, yine kendi sermayesi üzerinde doğacak şekilde yerine getirmesini ve bunun karşılığında da sözkonusu kamu hizmetleri alanının, üretim ilişkileri alanının kurallarından kurtarılmış olma imtiyazından yararlanmasını ifa eder.

İmtiyaz kârla tanımlanır. İmtiyaz konusu faaliyet alanları, doğal tekel veya böyle olmasa da siyasi tekel alanlarıdır. Bu nedenle özel işletmeci için tüm toplumu sarsan ciddi kriz anları dışında, kâr elde etme kesindir. İmtiyaz yönteminde, kamu hizmetinin yürütülmesinden elde edilecek değer, kamu kesiminde kalmaz. Özel girişimciye geçer ve kamu hizmeti aracılığıyla üretilen toplumsal artı değer, kamunun belirleyicilik alanından çıkar.

Kamu hizmetleri alanındaki mal ve hizmet üretiminin özel kişilere yaptırılmasının klasik biçimi “imtiyaz” olarak adlandırılır. İmtiyaz hem yöntemin hem de sözleşmenin adıdır. İmtiyaz yöntemi kullanıldığında, imtiyaz sözleşmesi yapılıyor olabileceği gibi değişik adlı idari sözleşmeler ve yasa ile özel hukuk sözleşmesine dönüştürülmüş çeşitli sözleşmeler yapılıyor olabilir.

Özel girişimcinin, kamu kesimiyle iradi birliği anlayışına dayanan imtiyaz ve türev biçimleri, ekonominin önemli alanlarında, idari veya sınai/ticari hizmet ayrımına gitmeden yaygın olarak kullanılmaktadır. İmtiyaz yöntemi neo-liberal ekonomi politikaların baskın olduğu yakın imtiyaz, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi yöntemi olarak kullanılmıştır.

Tanımında bulunmamakla birlikte, idare, gitgide özel girişimcinin iktisadi risklerini, örneğin, gelir güvenceleri, borçlanma kolaylıkları ve tazmin imkânlarının genişletilmesi gibi araçlarla üstlendikçe imtiyaz, klasik niteliğini kaybetmekte öte yandan özel girişimciler için çekici duruma gelmektedir. İmtiyaz yönteminde özel girişimcinin yararlandığı en önemli imtiyaz tekel hakkıdır.

Buna, istisnai durumlar dışında, özel girişimciye borçlanabilmesi için verilen devlet güvencelerini, onun isteği doğrultusunda belirlenmiş olan fiyatı ve kullanıcı garantilerini de eklediğimizde, özel girişiminin, üstlendiği bir risk bulunmadığı görülmektedir. İktisadi kriz anlarında da kamu hizmetlerinin yürütülme zorunluluğu nedeniyle devlet, çeşitli hukuki araçlarla zorda kalan özel girişimcileri kurtarma yoluna gitmektedir. Ülkemizde özel girişimcilere başlangıç sermayelerini oluştururken tanınan devlet teşvikleri ve kredi güvenceleri imtiyazın özel sermaye unsurunu da hayli zayıflatmaktadır. *Sınırlı riskli imtiyaz (la concession avec risque limités)* ise kamu hizmetinin yerine getirilmesi için gerekli olan girişimin kuruluş sermayesine devlet desteği ve kâr güvencesi, imtiyazın klasik “kendi kâr ve zararına faaliyette bulunma” zayıflatılmıştır. Ülkemizde verilen imtiyazlar genellikle bu niteliktedir.

Kamu hizmetlerinin özel girişimciye bırakılmasında imtiyaz dışında tarihte müşterek emanet ve iltizam yöntemleri de kullanılmıştır. *Müşterek emanet (la régie intéressée)* yönteminde hizmetin yerine getirilmesinin tüm iktisadi yükünü ve sonuçlarını kamu üstlenir; hizmeti özel girişimci üretir ve sunar, özel girişimci için belirli bir ücret ya da sabit ücretin üzerine hizmetin kârlılığına bağlı bir miktar eklenmesi öngörülebilir. *İltizam (l'affermage)* yöntemi, devletin vergi toplama yetkisini özel girişimciye onun ödeyeceği belli bir ücret karşılığında yaptırmasıdır. Devlet, vergi gelirinin bir bölümünden vazgeçerek özel girişimciden aldığı parayla yetinir. Özel girişimci, vergi toplama yetkisini belli bir dönem için devletten satın almaktadır. Osmanlı tarihinde özellikle tarım ürünleri vergilerinin toplanması iltizam usulüne bağlanmış, belli bir *kesenek* karşılığında mültezimlere bırakılmıştı. Cumhuriyet dönemin bu yöntem kaldırılmıştır.

Kamu hizmeti alanlarında toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimi yapma işinin sözleşmeyle özel girişimcilere devredilmesinde, farklı unsurlar taşıyan sözleşme çeşitlerine rastlanabilir. İdari rejimi benimsemiş sistemimizde, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi sözleşmeleri konusunda, idare hukuku açısından önemli olan bunların hukuki rejimini saptamaktır. Temel ayırım sorusu, bunların idari rejime tabi olup olmadıklarıdır.

Konusu kamu hizmeti olan ve bunun gereği olarak idareye kamu gücü ayrıcalıkları tanıyan sözleşmelerin idari sözleşme olduğu ve dolayısıyla idari rejime tabi olduğu kabul edilmektedir. İdarenin kamu gücü ayrıcalıklarının doğasında karşı tarafın iradesine gerek kalmadan kullanılabilme özelliği bulunduğu göre, bunların bir de sözleşmede belirtilmiş olması gerekli değildir; ayrıca, karşı tarafın rızasıyla kullanılan hakların kamu gücü ayrıcalıkları olduğundan da söz edilemez. Sözleşmede idarenin kullanabileceği kamu gücü ayrıcalıklarından kaynaklanan haklarının gösterilmiş olması gerekli bir unsur değildir. Bir tarafının idare, konusunun kamu hizmeti olması sözleşmenin idari sayılması için yeterlidir.

İmtiyaz yönteminde ortaya çıkan sözleşmeler idari sözleşmelerdir, bu idari sözleşmeler, imtiyaz, eksik imtiyaz, yap-işlet-devret, müşterek emanet vb. farklı tiplerde olabilir ya da sözleşmenin tipi yasada açıkça düzenlenmemiştir, kuramsal olarak da bir tipe sokulması mümkün değildir. Bu durumda *adsız idari sözleşme* sözkonusu olabilir. Bütün bu durumlar *kamu hizmetinin üretiminde imtiyaz yöntemi* başlığı altında değerlendirilir.

### **İmtiyaz yönteminin Anayasal rejimi**

Anayasa'nın “Danıştay” başlıklı 155. maddesinin II. fıkrasında “...kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek...” Danıştay'ın görevleri arasında sayılmıştır. Kamu hizmetiyle ilgili olma zaten imtiyazın tanımında içkin olan bir unsurdur, bu nedenle maddede, “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeler” şeklinde tekrarlanmış olması gereksizdir. Sözleşme yapma aşamasındaki idarenin Danıştay'ın görüşünü/inceleme sonucunu beklemesi zorunluluktur. Danıştay'ın görüşünün alınması, idari sözleşmenin ortaya çıkmasında atlanması mümkün olmayan işlemin bir aşamadır.

Anayasanın 125. maddesine göre, “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.” Tahkim yöntemi seçilmemişse imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda idari yargı görevlidir. Danıştay Kanunu'nun 24. maddesine göre, “*Danıştay ilk derece mahkemesi olarak ... tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.*” İdari dava türlerini düzenleyen İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin “c” bendine göre “*tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar*”, idari davalar arasında sayılmıştır.

Tahkim, taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözümünde kullanılan bir yöntemdir. Sözleşmede tahkim şartı varsa sözleşmenin taraflar uyuşmazlıklarının çözümü için bu yola başvurlar. İmtiyaz sözleşmelerinde ve niteliği yasa ile özel hukuk sözleşmesine dönüştürülmüş kamu hizmetinin gördürülmesini konu alan sözleşmelerdeki tahkim yalnızca taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkları kapsamamaktadır.

İdari sözleşmelere karşı menfaatlerinin ihlal edildiğini ileri süren ilgili kişilerce idari yargıda iptal davası açılabilir. İdari sözleşmelerin imzalanmasını önceleyen idari aşamaların idari yargı dava edilebilmesi olanaklı olduğu gibi idari sözleşmenin tümü ya da kimi maddelerinin iptali için de dava açılabilir.

Sözleşmede tahkim şartı öngörülmüş olmasının, sözleşmenin hukuka aykırılığını ileri süren kişiyle ilgisi yoktur. Sözleşmenin icrası sırasında taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmek için kullanılan tahkim yoluyla, sözleşmenin hukuka uygunluğunun idari yargıda denetlenmesi farklı şeylerdir. Sözleşmeye konulan hükümlerle (tahkim şartı) sözleşmeye taraf olmayan kişilerin anayasal hak arama yollarının ve idarenin yargısal denetiminin ortadan kaldırılması olanaklı değildir. Tahkim şartının etkisi ancak sözleşmenin tarafları arasındaki uyuşmazlıklar için geçerlidir.

Tahkim şartı öngörülen sözleşmelerden doğabilecek her türlü uyuşmazlık idari yargı denetimi dışında değildir, yalnızca taraflar arasında doğan uyuşmazlıklar tahkime götürebilir.

Tahkim ancak taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan yargı benzeri bir yoldur. İlgili üçüncü kişilerin, tahkim yolu öngörülmüş olsa bile imtiyaz sözleşmesinin iptali için idari yargıda dava açma hakkı sürmektedir. 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda tahkim tanımı yapılmıştır. Yasadaki tanımdan da görüldüğü üzere tahkim, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bir araçtır. Uyuşmazlık da taraflar arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanacaktır. İdarenin yetkilerini kullanmasına ve kamu hizmetinin yürütüm biçimini belirlemesine ilişkin kararları bu nitelikte değildir. Hiçbir idarenin yasalara aykırı sözleşme yapma yetkisi yoktur. Yine Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda, kanunun kapsamı belirlenirken bu özellik vurgulanmıştır. Örneğin, idarenin yetkisi yokken veya yetkisini aşarak sözleşme yapmış olması, biçim kurallarına uymamış olması gibi hukuka aykırılık iddiaları veya idarenin özel kesim ile kamu hizmetinin işleyiş kural ve ilkelerine aykırı biçimde ilişkiye geçmiş olduğu iddiaları tarafların iradelerine tabi olan uyuşmazlıklar değil, idarenin işleyişini düzenleyen kamu hukukuna ilişkin çekişmelerdir.

İmtiyaz sözleşmesi dışındaki idari sözleşmeler için tahkim koşulu getirilme olanağı bulunmamaktadır. Anayasa, idari sözleşmelerden yalnızca imtiyaz sözleşmeleri için tahkim olanağı tanımıştır. Konusu kamu hizmeti olan sözleşmelerden doğan uyuşmazlık özgürce tasarrufta bulunabileceği nitelikte değildir, tahkim kişinin mülkiyetinden, sınırlı aynı haklarından

ya da şahsi haklarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda kişilerce kullanılabilen bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu nedenle idari sözleşmelerden imtiyaz sözleşmeleri için ancak anayasa değişikliği yapılarak tanımlanmıştır.

Bu düzenlemeleri güdüleyen ihtiyaç, sözleşmelerin yargı düzenini ve dolayısıyla yorumlanmasında esas alınan ilkeleri değiştirmektir. Sözleşme ile kurulan ilişkinin niteliğinde bir değişiklik olmamıştır.

İmtiyaz sözleşmesine tahkim şartı konulması idareyi kamu hizmetinin gerekleri koruyacak önlemler alma gücünden yoksun bırakmaz. Alınan önlemlerin, doğurabileceği uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna gidildiğinde, hakem heyetini, özel mülkiyet ve girişim özgürlüğü ile kamu hizmetinin gerekleri arasındaki uzlaşma zorunluluğu konusunda ikna etmek idarenin görevidir. Konusu kamu hizmetinin piyasaya gördürülmesi olan bir sözleşme, yasa ile özel hukuk sözleşmesi olarak tanımlandığında bunun sonucu yargı düzeninin değişmesidir, idare sırf bu tanım nedeniyle, kamu hizmetinin gerekleri takip etmek yasal yükümlülüğünden kurtulmaz. Yasayla özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenen bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığı çözmek durumunda kalan adli yargıç da yorum ilkeleri ve korunması gereken değerlerin saptamasında sadece medeni hukukun, borçlar hukukunun veya ticaret hukukunun ilke ve kuralları ile düşünemez, kamu hizmetinin gereklerinden kaynaklanan ve kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleriyle belirginleşen, daha genel olarak da kamu yararı olarak ifade edilen ilkeleri dikkate almak zorundadır. Aynı zorunluluk hakem heyeti için de geçerlidir. Yargı düzeni ile uygulanan hukuk arasında bağlantı yoktur. Ancak, yargıçların eğitimleri ve meslek içi uzmanlaşma ile deneyimleri, kamu yararı ya da piyasa ilkeleri vurgulu bir meslek bilgisi ve düşünsel yapılanma yaratmaktadır.

Bu sözleşmeler idari sözleşme olmakla birlikte bunlara yasa ile özel hukuk sözleşmesi niteliği tanınmış olabilir. Yasa ile bir sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi kamu hizmetinin özel girişimcilere gördürülmesi yöntemlerinin niteliğini etkilemez; yöntemin hukuksal biçimi üzerinde sonu doğurur. Örneğin, bütünüyle olmasa da yargı düzenini ve yine kamu düzeni ile kamu hizmetinin ilkeleriyle çelişmediği oranda çekişmelere uygulanacak hukuk kurallarını değiştirir.

#### ***Yasal yapının genel çerçevesi***

İmtiyazlara ilişkin genel kurallar 10 Haziran 1326 tarihli (1910) **Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun**'da düzenlenmiştir (Takvimi Vakayi, 24 Haziran 1326, Sayı, 576). 1910 yılında çıkarılmış olan yasa bugün de yürürlüktedir.

Genel Yarara İlişkin İmtiyazlar Hakkında Kanun'un kapsamında verilecek imtiyazlar TBMM'nin sözleşmeyi yasa ile onaylamasına bağlıdır. Yasanın kapsamı 1. Maddesinde belirlenmiştir. Buna göre hükümetçe verilebilecek imtiyazlar ile yasama organının onayını gerektiren imtiyazlar arasında ayırım yapılmıştır.

Bütçeye yük getirmeyen imtiyazlar yürütme organınca verilecektir. Yasanın 1. Maddesinde belirtilen nitelikteki kamu yararını ilişkin üretim imtiyazları doğrudan doğruya yürütme organınca verilecektir. Buna göre,

1. Devletin mali yükümlenimini ve kamu malı kullanımını gerektirmeyen,
2. Bütçede yer alan bir kamu hizmetine ilişkin olmayan,
3. Bu yasada getirilen bağışlıklardan bağışlılık öngörmeyen,
4. Yürürlükteki yasaların değiştirilmesini ya da kaldırılmasını gerektirmeyen,
5. Belediyelerin görevine girmeyen,

genel çıkara ilişkin üretim imtiyazları doğrudan doğruya yürütme organı tarafından verilecektir.

Bu nitelikte olmayan imtiyazların verilmesi yasama organına bırakılmıştır. Meclisin yetkisinde olan imtiyaz bir yasa yasa önerisi olarak hazırlanır, yasa önerisinin ekinde sözleşme ve ilgili belgeler yer alır. İmtiyaz sözleşmesini ek olarak içeren yasa kabul ya da ret olunur, değişiklik gerektiği yönünde karar çıkarsa, değiştirilmesi için hükümete geri gönderilir (m.9).

Cumhuriyet ile birlikte Büyük Millet Meclisi imtiyazlar konusundaki yetkisini genişletmiştir. 25.6.1932 tarih ve 2025 sayılı yasa ile imtiyaz sözleşmelerinin onay yetkisini alan Büyük Millet Meclisi imtiyaz sözleşmelerini daha geniş tanımlayarak yetkisini güçlendirmiştir. Buna göre, genel ve katma bütçeler kapsamında olan, sözleşmenin imzalanması tarihinde ya da daha sonra konulacak herhangi bir vergi ya da resimden bağışlığı içeren ve bütçeden ödeme yapılmasını gerektiren hükümetçe imzalanan imtiyaz sözleşmeleri Büyük Millet Meclisinin onayını sunulur (m.1). Böylece bütçe yetkisine sahip olan meclis, kamu harcamalarını elinden kaçırmayacaktır.

Yeraltı ve yerüstü madenleri ile taş ocakları bu yasa kapsamında değildir. Bunun gibi tarım, sanayi, ticaret ve altıncılık alanlarında verilen imtiyazlar da bu yasanın kapsamı dışındadır (m.12).

İmtiyazlar için gerekli olan arazilerin binaların, taşocaklarının tazminatı imtiyazcı tarafından ödenmek koşuluyla geçici işgali sağlanacak ve gerekirse, parası yine imtiyazcı tarafından ödenmek koşuluyla hükümetçe kamulaştırılacaktır. Üretim ve kurulum için gerekli olan taşınmazlar ve taş ocakları devletin tasarrufu altında ise bunlar bedelsiz olarak imtiyazcıya tahsis edilebilecektir (m.2).

İmtiyazcının sözleşmede belirlenen süre içinde Osmanlı hukukuna bağlı bir Osmanlı anonim şirketine devredilmesi zorunluluğu getirilmiştir (m.7). Buna göre yabancılar imtiyaz aldıklarında faaliyetlerini Osmanlı anonim şirketi olarak sürdürmek zorundadırlar.

Sözleşme süresinin sonunda girişimcinin işletme hakkı sona erer ancak araç gereçler ve taşınır eşya ancak satın alma yoluyla devlete geçebilir. Satın alma olanağının sözleşmede düzenlenmiş olması gerekir (m.4).

Kamu hizmetlerinin özel girişimcilere imtiyaz yöntemiyle gördürülmesinin bütçe ile bağlantısı güçlü biçimde kurulmuştur.

#### 10 Haziran 1326 tarihli

#### Menafii Umumiyye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanun

**Madde 1–** Evvela her ne suretle olursa olsun devletçe halen ve atıyen taahhüdatı maliyeyi tazammun ve emval ve emlaki umumiyenin sarf ve tahsini istilzam etmiyen, saniyen bütçeye dahil bir hizmeti umumiyeye taalluk eylemiyen, salisen işbu kanunda tasrih olunan muafiyetten gayri muafiyatı muhtevi bulunmayan rabian kavanini mer'ie ahkâmının tadil ve tağyirini müstelzim olmiyan hamisen vilayet devairi belediyesinin teşkilatına dair vazedilecek kavanin ile itasi hükümeti mahalliyenin dairei selahiyetlerinde bulunmiyacak olan menafii umumiyeye müteallik imalat imtiyazatı doğrudan doğruya kuvvei icraiye tarafından verilecektir.



Yasa günümüzde de yürürlüktedir. Bütçeden ödeme yapılmasını gerektiren ya da vergi bağışıklığı tanıyan imtiyaz sözleşmelerinin, başka bir yasada ayrıca düzenlenmemişse TBMM tarafından onaylanması gerekir.

***Yap – işlet – devret yöntemi imtiyazın bir türüdür.***

8.6.1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'da imtiyaz yönteminin bir türü düzenlenmiştir.

8.6.1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun idarelerin “ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren” kimi yatırım ve hizmetleri, yap-işlet-devret yöntemiyle yaptırmasını düzenlemektedir (m.1).

Yasanın 2. maddesinde idarelerin kamu hizmetlerini kendilerinin üreteceği yani emanet yönteminin temel yöntem olduğu kabul edilmiştir. 2. naddeye göre, “... öngörülen yatırım ve hizmetlerin bu kanuna göre ... gerçekleştirilmesi bu yatırım ve hizmetlerin, ilgili kamu ve kuruluşları (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) tarafından görülmesine ilişkin kanunların istisnasını teşkil eder.” Buna göre idareler görevli oldukları kamu hizmetlerini kendileri üretirler (emanet yöntemi), yap – işlet – devret yönteminin kullanılması bu durumun ayrığıdır.

İleri teknoloji ya da yüksek maddi kaynak gerektiren işler için kullanılacağı öngörülmüş olmakla birlikte yasanın kapsam maddesinde sayılan yatırım ve hizmetler bu nitelikte değildir. İdarelerin bütçe kaynaklarıyla yapabilecekleri basit yapım işleri, tesisler ve işletmeler bile listede yer almıştır. Bu listedeki işlerin her bir tekil olayda ileri teknoloji ya da yüksek maddi kaynak gerektirip gerektirmediği özel olarak araştırılmalıdır. Bu listede yer alsa da ileri teknoloji ya da yüksek maddi kaynak gerektirmeyen bir iş yap-işlet-devret konusu olamaz.

- |   |  |
|---|--|
| 1. köprü,   | 22. otoyol,  |
| 2. tünel,   | 23. trafiği yoğun karayolu,  |
| 3. baraj,   | 24. demiryolu ve raylı sistemler,  |
| 4. sulama,  | 25. gar kompleksi ve istasyonları,   |
| 5. içme ve kullanma suyu,   | 26. teleferik ve telesiyej tesisleri,  |
| 6. arıtma tesisi,   | 27. lojistik merkezi,  |
| 7. kanalizasyon,  | 28. yeraltı ve yerüstü otoparkı  |
| 8. haberleşme,  | 29. sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları,   |
| 9. kongre merkezi,  | 30. yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri,   |
| 10. kültür ve turizm yatırımları,                                 | 31. Kanal İstanbul   |
| 11. ticari bina ve tesisler,                                      | 32. su yolu projeleri,   |
| 12. spor tesisleri,   | 33. sınır kapıları   |
| 13. yurtlar,  | 34. gümrük tesisleri,  |
| 14. tema parklar,   | 35. milli park   |
| 15. balıkçı barınakları,  | 36. tabiat parkı,  |
| 16. silo ve depo tesisleri,                                       | 37. tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, |
| 17. jeotermal ve atık ısıya dayalı tesisler ve ısıtma sistemleri, | 38. toptancı halleri <u>ve benzeri</u> yatırım ve hizmetler ... (m.2).”  |
| 18. elektrik üretim, iletim, dağıtım                              |  |
| 19. ticareti maden ve işletmeleri,                                |  |
| 20. fabrika ve benzeri tesisler,                                  |  |
| 21. çevre kirliliğini önleyici yatırımlar,                        |  |

Yap-işlet-devret yönteminde bu işlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konusunda yerli ve yabancı sermaye şirketleri görevlendirilir.

Yatırım ve hizmetleri yap-işlet-devret modeline göre yaptırmak isteyen idarenin bu yöntemi kullanabilmesi için ön yapılabilirlik etüdüyle başvurduğu Yüksek Planlama Kuruluna tarafından

yetkilendirilmesi gerekir (m.4). Yetkilendirilen idarenin girişimci şirketlerle sözleşme imzalayabilmesi için bakanlıktan onay alması gerekir. Şirket ile idare arasında imzalanan yap-işlet-devret sözleşmesi özel hukuk hükümlerine bağlıdır (m.5).

Sözleşmelerin süresi 49 yıldan fazla olamaz (m.7). Tanınan imtiyaz süresinin özel girişimcinin yatırım bedelini çıkarabileceği ve kar elde etmesine olanak tanıyan bir süre olması gerekir (m.7). Sözleşme süresinin sonunda şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler, her türlü borç ve taahhütlerden kurtulmuş, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçecektir (m.9).

Yap-işlet-devret yöntemiyle özel girişimci tarafından üretilecek mal ya da hizmetler kullanıcılara satılacak, kullanıcıların ödeyeceği ücretler ise idarece (ilgili bakan) belirlenecektir (m8). Özel girişimci maliyetini ve karını bu satıştan ve gerekirse devletçe yapılacak katkı paylarından karşılayacaktır.

Özel girişimcinin karını güvenceye almak üzere idarece *katkı payı* ödenebileceği gibi *talep garantisi* de verilebilir (m.8).

Kamu hizmetlerinin üretilmesinin bir yöntemi olarak değil de bir finansman modeli olarak tanımlanmaya çalışılmıştır. Yasanın 3. Maddesinde yap-işlet-devret “yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini öngören” bir finansman modeli olarak tanımlanmıştır (m.3). Finansman modeli olarak tanımlanmış olsa kamu hizmetlerinin özel girişimcilere gördürülmesi yöntemidir. Hizmeti özel girişim üretecek ve kullanıcılara satarak maliyet artı kar elde edecektir. Bunun olanaklı olmadığı durumlarda ise idare imtiyazcı şirkete *katkı payı* ödeyecektir. Yasanın 3. Maddesinin “e” bendine göre “görevli şirketin ürettiği mal veya hizmetin bedeli, mal veya hizmetten yararlananlar tarafından tamamen veya kısmen ödenmesi mümkün olmayan yatırımlarda, görevli şirkete idarece, mal veya hizmetten yararlananların tüketim veya kullanım miktarları da dikkate alınarak belirlenen bir katkı payı ödenir.

Merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri tarafından sözleşmeye bağlanan katkı paylarının karşılığı ilgili idarelerin yılı bütçelerine ödenek olarak konulur (m.8). Bunun gibi idarece verilen talep (kullanıcı) garantileri kapsamında doğabilecek ödeme yükümlülükleri de idare bütçelerinden ödenir (m.8).

Yap-işlet-devret yönteminde girişimciye kimi temel güvenceleri verilmektedir. Üretilcek mal ve hizmetleri idareler satın alacaksa, idareler özel girişime üretim girdisi ya da mali kaynak sağlayacaksa bunun için güvence verilir. Kısa süre içinde yüksek faiz oranıyla borç bulunması amacıyla köprü krediler sağlanabilir ya da özel girişimcinin bulduğu köprü krediler için güvence verilir. Yap-işlet-devret ilişkisinin idarece satın almaya yoluyla sona erdirilmesi durumunda idareye geçecek dış kredi borçları için borç veren kuruluşlara güvence verilir (m.11). Bu borçlar hazinece üstlenilir (m.11/A).

Yap-işlet-devret yönteminde bütçeden harcama yapılması gerektiğinden bu sözleşmelerin 2025 sayılı yasaya göre TBMM onayından geçmesi gerekir.

Yap-işlet-devret konusu olan yatırım ve hizmetler için gerekli taşınmazların sağlanması için idarece kamulaştırma yapılır. Sözleşmede kamulaştırma bedelinin şirketler tarafında ödenmesi kararlaştırılmış olsa da kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti idareye aittir (m.10). Bununla birlikte yap-işlet-devret konusu yatırım ve hizmetin üretimi için gerekli olan kamulaştırma sonucunda idarenin eline geçenler de dahil tapuda idare adına kayıtlı taşınmazlar ile devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler bedelsiz olarak şirketin kullanımına bırakılır (Ek madde 1).

Yap-işlet-devret yönteminin elektrik enerjisi üretimi konusunda uygulanması ayrı bir yasa ile özel olarak kurala bağlanmıştır.

Yap-İşlet Modeli ile üretim şirketlerine ... elektrik enerjisi üretmek için mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışı yöntemi 16.7.1997 tarih ve 4283 sayılı **Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun**'da kurala bağlanmıştır. Hidroelektrik, jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller bu yasa kapsamı dışında tutulmuştur.

Elektrik enerjisi üretim tesisi kurulması ve bunun işletilmesi izne bağlanmıştır. Elektrik üretim izni, serbest piyasa etkinliğine kamu düzenini korumak için uygulanan kolluk ruhsatı (izni)değil, özel girişimcinin kamu hizmeti alanına giriş iznidir. Elektrik üretim sistemi gelişim planları çerçevesinde yapımı öngörülen üretim tesisleri Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi (TEAŞ) tarafından Resmi Gazetede ilan edilir. Ayrıca üretim tesisi kurmak ve işletmek üzere üretim şirketleri de TEAŞ'a başvurabilirler. Özel girişimcilerden gelen teklifleri TEAŞ değerlendirir koşulları taşıyanları bakanlığa gönderir ve bakanlık, kendisine gönderilen teklifi uygun gördüğü takdirde tesis kurma ve işletme izni verir (m.3). Uygun görme, takdiri nitelikte bir yetkidir. İzinden sonra Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ile üretim şirketi arasında üretim tesisi kurma, işletme ve enerji satışını düzenleyen sözleşme imzalanır.

Bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabidir (m3). Yasa ile sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine bağlı olduğu kurala bağlanmış olsa da bu sözleşmelerin içinde kamu hizmetinin işleyişine ilişkin kurallar bulunur ve bu kurallar düzenleyici işlem niteliğindedir, özel hukuk hükümlerine bağlılık tarafların ekonomik (parasal) haklarına ilişkin konulardadır.

Şirketlerden elektrik enerjisi alacak TEAŞ'ın ödeme yükümlülükleri için Hazine garantisi verilebilir (m.4).

#### 4.12.1984 tarih ve 3096 sayılı **Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı Ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun**

Cumhurbaşkanı kararıyla elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş olan sermaye şirketlerine belli görev bölgelerinde elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılması görevi verebilir (m.3). Görevlendirilen şirket ile ilgili bakanlık arasında sözleşme imzalanır (m.3). Sözleşmeler 99 yıla kadar süreli olarak düzenlenebilir (m.7).

Sözleşmeler, süre uzatımı talep edilmediği takdirde, sürenin bitimi ile son bulur. Son bulmayla tüm tesisler ile tüm taşınır ve taşınmaz mallar her türlü borç ve taahhütlerden ari olarak Devlete bedelsiz olarak geçer (m.8).

Enerji bakanlığınca elektrik üretmek amacı ile kurulacak sermaye şirketlerine, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesisi işletme müsaadesi verebilir (m.4). Bu tesiste üretilecek elektrik enerjisi, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca tespit olunacak tarifeye göre bölgelerinde Türkiye Elektrik Kurumuna veya o bölgede faaliyet gösteren görevli şirkete satılır (m.4).

Görev bölgelerinde idarelerin sahip olduğu ya da olacağı üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilebilir (m.5).

Enerji tarifeleri, görevli şirketin teklifi ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının onayı ile yürürlüğe girer (m.9). Tarifelerin tespitinde, yıllık işletme, bakım ve onarım giderleri, faiz ve kur farkı garantisi verilmemiş ise kur farkları, teknik ve sermaye amortismanları, diğer masraf ve

harcamalar ile ortaklara dağıtılacak makul bir temettü için gerekli gelirin sağlanması esas alınır (m.9).

Bu Kanunun yayımı tarihinde mevcut elektrik üretim, iletim ve dağıtım ve ticareti imtiyazına sahip şirketlerin, kurmuş ve işletmekte oldukları ve fakat imtiyaz kapsamına alınmamış üretim, iletim ve dağıtım tesisleri ile bu tesislerin bulunduğu iller imtiyaz sözleşmesi kapsamına alınmıştır (Geçici madde 1).

### **28.5.1988 tarih ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı Ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun**

Özel hukuk hükümlerine tabi ve sermaye şirketi statüsüne sahip sermaye şirketlerinin; otoyollarının ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı, işletilmesi ile görevlendirilmesine ve süresi sonunda yol ve tesislerin Karayolları Genel Müdürlüğüne devrine ait esasları düzenlemektir (m.1).

Otoyol geçiş ücretleri tarifi, görevli şirketin talebi, Karayolları Genel Müdürünün teklifi üzerine Bakan onayı ile tespit edilir (m7).

Erişme kontrollü karayollarının (otoyolların) yapımı, bakımı ve işletilmesi ile hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesinde sermaye şirketleri görevlendirilebilir (m.4).

Sözleşmeler 49 yıla kadar süreli olarak düzenlenir (m.5). Görevli şirket, görevlendirildiği işleri, Genel Müdürlüğün uygun göreceği şahıs veya kuruluşlar eliyle de yaptırabilir (m.5). Otoyol ile bütün tesisleri ve müştemilatı; sözleşmenin sona ermesi ile birlikte, her türlü borç ve taahhütlerden arı ve kullanılabilir durumda Genel Müdürlüğe bedelsiz olarak ve kendiliğinden geçer (m6).

### **3. Üçüncü Tip: Kamu Hizmetinin Üretilmesi İçin Gerekli Olan Mal ve Hizmetlerin Piyasadan Karşılması**

Kamu hizmeti emanet yöntemiyle devletçe üretilse de üretim için gerekli olan ve idarece üretilmeyen mal ve hizmetler piyasadan satın alınır. Olağanüstü durumlar dışında genel ilke kamu hizmetinin üretilmesi için gerekli olan mal ve hizmetlerin piyasadan sözleşme ile sağlanmasıdır.

Kamu hizmeti üretimi için gerekli olan mal ve hizmetlerin piyasadan karşılanması, uyulması gerekli yöntem kurallarından yola çıkılarak *kamu ihaleleri* olarak adlandırılır. İdare, üretmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gereksindiği mal ve hizmetleri piyasadan satın alabilmek için ihale yöntemine başvurmak zorundadır. İhale yöntemiyle özel girişimcilerin kamu işlerine rekabet ile eşit erişim hakları ile rekabet sayesinde kamu parasının korunması sağlandığı varsayılır. İhale, idarenin piyasadan mal ve hizmet satın almasında izleyeceği temel yöntem kuralıdır.

Kamu hizmetinin üretilmesi için gereken mal ve hizmetlerin piyasadan karşılanması *ihale yöntemi* olarak adlandırılabilir. Kamu hizmeti alanında üretimi devlet emanet yöntemiyle örgütlemiş olsa bile bu üretimi gerçekleştirebilmek için gerekli tüm araç, gereç ve hizmetleri kendisi üretemez. Piyasadan mal ve hizmet satın alması gerekir. Şehiriçi toplu taşıma hizmeti tekeline verilmiş olan yerel yönetim birimi, elbette otobüslerini kendisi üretmez. Piyasadan satın alır.

İhale, idarenin sözleşme iradesini oluşturması yönteminin genel adıdır. Bu sürecin yöntemleri yalnızca Devlet İhale Kanunu veya Kamu İhale Kanunu veya Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

ile düzenlenmemiştir. Bu yasalar, devletin mal ve hizmet alımlarında piyasa ile ilişkisini olabildiğince düzenli ve rekabete açık tutabilmek için geniş kapsamlı düzenlenmiştir. Ancak bu kapsamda olmayan değişik yasa ve yönetmeliklerde yer alan pek çok ihale (sözleşme iradesini oluşturma) kuralı ve yöntemi de bulunmaktadır.

Kamu ihaleleri ile hizmetin parçalanarak ihale ile piyasadan karşılanması farklıdır. Hizmetin parçalanarak ihale ile özel girişimcilere yaptırılmasında, olumsal ve geçici bir ilişki değil, yapısal, düzenli ve yinelenen bir ilişki kurulmakta, özel girişimci, işçileriyle kamu hizmeti örgütünün içine yerleşmektedir. Çalışma yaşamındaki *taşeron* ilişkisine yada bunun iş hukukundaki adlandırmasıyla *alt işveren* uygulamasına benzer bir durum söz konusudur. İdare, İş Kanunu'ndan alt işveren yöntemine başvurmak için yetki alamaz. İdarenin, örgütündeki hizmeti parçalayarak ihale yöntemiyle piyasadan satın alabilmesi için açık yasal yetki verilmiş olması gerekir. İdare İş Kanunu'ndan yetki alamasa da hizmet satın aldığı şirketin idarenin içinde çalıştırdığı işçilerinin hakları belirlenirken İş Kanunu'nun hükümleri idareye de uygulanır ve idare asıl işveren olarak taşeron işçilerin haklarından sorumlu olur. İş Kanunu'nda 2006 yılında yapılan değişiklikle idarelerin alt işverenler aracılığıyla çalıştırdıkları işçilerinin idareden kimi haklar elde etmeleri engellenmiştir.

İş Kanunu, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisine uygulanır. İdarelerin, hizmeti parçaladığı işler, Devlet Memurları Kanunu örneğinde de görüldüğü gibi iş ilişkisinin bulunduğu, idarenin işçi çalıştırdığı kamu hizmeti üretim konuları değildir. Kamu görevlilerinin hizmet ürettiği yerlerde alt işverenden yararlanmanın dayanağı olarak İş Kanunu kullanılamaz

İdarenin hizmetin parçalarını ihale ile özel girişimcilere gördürülmesi yöntemi, taşeron işçi çalıştırmanın perdelenmesi yöntemi olarak kullanılırsa *yöntem saptırması* orta çıkar, hukuka aykırıdır. Örneğin, belediye toplu taşıma hizmetini örgütlerken sürücü istihdam etmek zorundadır. Kendi işçisi ve doğrusu kamu personeli olarak sürücü çalıştırmak yerine “şoförlük hizmeti” diye bir hizmet tanımlayarak bunu piyasadan satın almaktadır. Kişilerin kamu hizmetine girme hakkına da aykırı olan bu uygulama yöntem saptırmasıdır.

İdarenin sözleşme yapma iradesini oluşturma yöntemleri ihale mevzuatında yer alır. İhale idarenin sözleşme yapma iradesini oluşturduğu sürecin adıdır. İhale yasaları, yetki veren değil yöntem belirleyen sözleşmelerin yapılış yöntemlerini gösteren yasalardır. Bu nedenle öncelikle, idarenin sözleşme yapma yetkisinin bulunması gerekir. İdare, yükümlü olduğu kamu hizmetine ya da kamu malına ilişkin özel kişilerle sözleşme yapmasını gerektiren bir karar almışsa, bu

#### 4857 sayılı İş Kanunu

**Madde 2 - ...** Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye **asıl işveren-alt işveren ilişkisi** denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

... İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.

**(Ek fıkra: 1/7/2006-5538/18 md.) ...** [idarelerde] hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak; a) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya, b) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya, **hak kazanamazlar**. ... Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere; a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması, b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına

sözleşmenin yapılış ve karşı tarafı seçiş yöntemlerini belirlemek için ihale mevzuatına bakılır. İdarenin yapacağı iş için yetkisinin olması gerekir, ihale mevzuatı idarenin yetkisini kullanarak piyasa ile ilişkiye geçme kararı aldığında bu ilişkinin yöntemi ihale mevzuatında araştırılabilir. Devlet Memurları Kanunu'nda değişiklik yapılarak idareye özel olarak yetki verilmiş olması da bunu göstermektedir. Devlet Memurları Kanunu'nda, memurlar için bir “yardımcı hizmetler sınıfı” bulunmaktadır. 1988 yılında bu hükümde bir değişiklik yapılarak hizmetin parçalanarak özel girişimcilere onların getirecekleri işçiler aracılığıyla ürettirilebileceği düzenlenmiştir. Yardımcı hizmetler sınıfındaki kamu görevlilerinin yerine getirdiği (kurumlarda her türlü yazı ve dosya dağıtma, müracaat sahiplerini karşılama, hizmet yerlerini temizleme, aydınlatma, ısıtma, ilaçlama, ölçüm; kurumlarda, çarşı ve mahallelerde koruma hizmetleri gibi “ana hizmetlere yardımcı” mahiyetteki) hizmetlerin “*üçüncü şahıslara ihale yoluyla gördürülmesi mümkündür.*” 2003 yılında da sağlık hizmetleri sınıfı için benzer düzenleme yapılmıştır. Buna göre, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfındaki “personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir.” 1988 değişikliğinde “ihale yolu” kavramı kullanılırken 2003 değişikliğinde aynı yöntem “hizmet satın alınması yolu” olarak adlandırılmıştır.

Uygulamanın yaygınlığıyla ihale terimi özgün anlamını yitirmiş, kamu hizmetlerinin parçalanarak parçaların piyasadan satın alınmasını, taşeronluğu anlatır biçimde genişlemiştir. İhalenin özgün anlamı idarenin sözleşme yaparken karşı tarafı seçmek için uyguladığı yöntem kurallarını anlatır.

Kamu hizmeti örgütlerinin, piyasayla ilişkiye girmesinde, sözleşme iradesinin oluşturulmasının özel yöntemi ihaledir. İhale idarenin, sözleşme yaparken yasa ile belirlenmiş yöntem kurallarının izlenmesidir. Gerçek kişiler sözleşmeye girerken sözleşme iradelerini salt zihinsel süreçte oluştururken idare, sözleşmelerde hukuka uygunluğu, kamu yararını ve denetlenebilirliği gerçekleştirmek için hukukten belirli yöntemlere tabi tutulmuştur. İdarenin sözleşme iradesini oluşturma yöntemi olan ihale genel Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu ile ilgili yasalarda özel olarak düzenlenmiştir. Çeşitli yasalarda kimi idari birimler Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu'ndan ayırık tutulmuştur. Ancak bunların ihale yöntemleri de başka hukuki araçlarla düzenlenmiştir. Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini konu alan idari sözleşmeler de idarenin yaptığı özel hukuk sözleşmeleri de ihale sürecinden geçirilerek oluşturulur. İdarenin özel hukuk kişileriyle eşit düzeyde sözleşme yapıyor olması, sözleşme yapma iradesini oluşturmada idari yöntemlerden kurtulma imkânına sahip olduğu anlamına gelmez.

### ***İhale sözleşmeleri***

İhale kanunlarına göre yapılan sözleşmelerin tümünün özel hukuk sözleşmeleri olduğu savı yanlıştır. Bunlar ilke olarak özel hukuk sözleşmesidir, buna karşılık sözleşmelerin içeriğine (özellikle konusuna, idarenin yetkilerine ve yüklenicinin yükümlülüklerine) göre idari sözleşmeler olması mümkündür. İdari sözleşme olmasının önemi, hizmetle ilgisi olan kişilerin sözleşmeyi dava etme olanağının bulunması ve sözleşmenin, uygulanmasının ve idarenin kullanacağı yetkilerin idare hukukuna dayanılarak yorumlanmasına olanak tanınmasıdır. Açık yasal dayanak bulunmasa da yerleşik içtihadı göre, ihale kanunları çerçevesinde yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir ve adli yargının görev alanına girer. Bu içtihadın yasal temeli bulunmamaktadır. Ortaya çıkan her sözleşme ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Sözleşme yapılana kadar olan aşama idari nitelikte ve idari yargının görevindedir.

İhale idari işlemlerin bir birini izlediği ettiği bir süreçtir. Bu süreçteki hukuka aykırılıklar, işlemler birbirinden bağımsız değerlendirilebildiği oranda işlemle ilgi bağı kuranlar tarafından dava edilebilir. Bununla birlikte Devlet İhale Kanununda, bu konuda sınırlama getirilmiştir. Kanunun 34.maddesine göre, “İhale sırasında hazır bulunmayan veya noterden tasdikli vekaletnameyi haiz bir vekil göndermeyen istekliler, ihalenin yapılış tarzına ve sonucuna itiraz edemezler.” Dikkat edilirse maddedeki sınırlama ihale sürecinde yer alan isteklilere ilişkindir ve aynı zamanda iktisadi bir süreç olan ihalede çıkarlarını takip etmek konusunda katılım göstermeyen iktisadi aktörlerin idari itiraz veya yargısal müdahalede de ilgi bağının bulunmadığı nesnel iyiniyet kurallarıyla uyumludur. Bu sınırlama, ihale konusu mal veya hizmetle kullanıcı olarak veya çalışan olarak ilgisi bulunan bireylerin dava açmasını engellemeyecektir.

İdarenin ihale sonucu ortaya çıkan iradesiyle oluşan sözleşmeler, hangi ihale yöntem veya mevzuatıyla yapılmış olursa olsun, idari de olabilir özel de. Sözleşmeyi nitelenmek bakımından sözleşmenin yapılış yöntemi, verilerden sadece biridir. Bir belediyenin şehriçi toplu taşıma hatlarını özel girişime açmak için yaptığı sözleşmeler, Kamu İhale Kanununa veya Devlet İhale Kanununa göre yapılan bir ihale süreciyle gerçekleştirilmiş olsa bile, idari niteliktedir. Bir okul kantininin işletilmesi için yapılan sözleşmeler de, ihaleler yapılarak özel güvenlik şirketlerinden “korunma” hizmeti satın alınmasını sağlayan sözleşmeler de. Bütün bu sözleşmelerde, özel girişimci, kamu hizmeti alanına girmekte, idarenin yapması gereken bir mal ve hizmet üretimini arızı ve anlık olmayan bir biçimde üstlenmektedir. Kamu hizmetinin ilkelerine ve bu ilkeleri korumak için idarenin sahip olduğu ayrıcalıklara bağlı kalmaktadır.

İhale kanunları yalnızca idarenin piyasa ile ilişkiye geçmesinde değil hatalı biçimde idareler arasındaki ilişkide de uygulanmaktadır. Örneğin hizmet içi eğitim vermek isteyen bir idare, bunu bir başka idareden sağlayabilecekken ihaleye çıkmakta, özel şirketler ile idareler ihalede yarışmaktadır. Hizmet içi eğitim gibi, kamu olanaklarıyla üretebilecek bir iş bile, piyasadan satın alınabilecek bir hizmet gibi tasarlanmakta ve ayrıca kamu kurumları da yine kamu birimlerine hizmet satan yapılara dönüşmektedir. Devletin her biriminin, kamu ihale kanununa göre piyasada bir girişimci olarak görülmesi idarenin varlık nedenine aykırıdır. Kamu ihale kanunları, devletin piyasa ile ilişkilerini düzenleyen kurallar getirir. Bu nedenle, devletin birimleri arasındaki mal ve hizmet alımlarında uygulanamaz.

#### 4. Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu – Özel Ortaklığı)

Eksik imtiyaz yöntemini incelemeye başlamadan önce kısa bir özet yapalım. Devlet tarafından üstlenilmiş mal ve hizmet üretimleri bir kamu hizmeti alanı oluşturur. Kamu hizmeti alanındaki tüm üretimin devlet (idare) tarafından örgütlenmesi, idarenin sahibi olduğu üretim araçları ve idarenin satın alacağı emek gücü ile gerçekleştirilmesi ve kamuya sunulması olanaklıdır (idare hukukundaki adı *emanet yöntemi*dir). Bununla birlikte kapitalist üretim ilişkilerinde, temel işleyiş ilkelerinden siyasal kararlar farklılaştırılmış üretim alanı kapitalist üretim ilişkilerini dönüştürme sınırına varmamak zorundadır. Devlet üstlenerek kamu hizmeti alanına dahil ettiği mal ve hizmet üretiminin üretim araçlarını neredeyse hiçbir zaman kendisi üretmez. Bu nedenle kamu alımları (araç-gereç ve inşaat işleri) özel girişimciler için son derece kârlı ve güvenceli bir konudur. Bu durumda da kamu hizmetinin üretimi devlet tarafından gerçekleştirilir. Kamu alımlarında özel girişimcilerin kamu hizmeti alanı karşısında konumları dışsal ve ilişkileri genellikle kısa sürelidir. Kamu alımlarından farklı olarak özel girişimciler, kamu hizmeti alanına girerek bu alandaki mal ve hizmet üretimi imtiyazını almayı da isteyebilirler. İmtiyaz adlandırması yapılmasının nedeni, kamu hizmeti üretiminin siyasal kararlar sahip olduğu piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda bağımsız olma ayrıcalığının, idare tarafından diğer piyasa aktörlerinin aleyhine tek bir girişimciye verilmesidir. Örneğin, kamu arazisinin bedelsiz devredilmesi, tekel yaratılmış olması, alım

güvenceleri, vb. bunlar idari (siyasi) karara dayanan ve piyasanın işleyiş ilkelerinden farklılaşan özelliklerdir. Özel girişimciler kamu hizmeti alanında üretim yapma imtiyazı elde etmek isterler. Bu durumda kamu hizmetinin asıl sahibi idare, somut üretimde görünmez olur, kullanıcılar bir özel girişimci tarafından üretilen ve kendilerine tarifelendirilmiş biçimde satılan (zorunlu olduğu için gerçek bir alım satım değildir) bir hizmet görürler. Özel girişimcinin kamu hizmeti alanı ile ilişkisi kısa süreli ve dışsal değildir, özel girişimci kamu hizmeti alanı içindedir ve çok uzun süre orada kalacaktır. Piyasa aktörlerinin kamu hizmeti alanındaki üretimden pay almalarında üçüncü bir durum, üretim sürecini parçalayarak çekirdek (asıl) üretimin idarede bırakıldığı iddiasıyla parçalardaki üretimi özel girişimcilere yaptırmaktır. Bu durumda, özel girişimciler idare tarafından gerçekleştirilen üretimin mekanına yerleşirler (gömülürler), ilişkilerinin kısa süreli olduğu düşünülür ancak yenilenen sözleşmelerle uzun süre kamu hizmeti alanında kalırlar. Bu üç kategoriye ilişkin ayırıcı bir özellik olarak kamu hizmeti alanına mal ve hizmet satan veya kamu hizmetinin tamamını üreten özel girişimcilere verilecek paranın kaynağının o hizmetin kullanıcılardan alınacak para olup olmadığı ölçütü ileri sürülebilir. Ancak, özel girişimcinin kârını doğrudan kullanıcılara satıştan elde ettiği gelirden sağladığı imtiyaz durumları dışında da özel girişimciye yapılacak ödemelerin kaynağı olarak bütçe kaynaklarına değil döner sermaye veya benzeri kaynaklara başvurulması kaynağın yine kullanıcılardan alınacak paralar olduğunu göstermektedir.

Anlattığımız soyut tipler, somutta karma uygulamalarla çeşitlenmektedir. Çeşitlemeler bir süre sonra yeni tipler yaratılmasını gerektirmektedir. Anlattığımız üçüncü tip yakın zamana kadar kamu hizmetinin üretiminde bir yöntem olarak bilinmemekteydi. Hatta idare hukuku kitaplarındaki kamu hizmeti başlıkları hala bu durumu kapsamamaktadır.

Elbette hukuk da tarihidir, bununla birlikte hukukun tarihi üretimin ve üretim ilişkilerinin tarihinden genellikle daha yavaş akar. Üretim araçlarındaki gelişmeler, emek süreci örgütlenmesindeki yeni teknikler, emek gücünün nitelik değiştirmesi, sermaye birikiminin derinleşmesi, piyasanın sermayenin gerçekleşme (kârlılık) alanlarında yaratıcılığının zayıflaması ve sınıf mücadelelerindeki yengi ve yenilgiler, kamu hizmetleri alanı ile piyasa aktörleri arasındaki ilişkilerde yeni eklenmeler veya bu yeni eklenmelerin olanaklarını yaratır. Yaratılan yeni eklenmelerin kavramlarını, toplumsal normlarını yaratması ve devletçe hukuksal kurallarının konulması daha geç gerçekleşebilir ya da devletin koyduğu kurallar ve aldığı kararlar kamu hizmeti alanı – piyasa eklenmesinin yeni olanaklarını (potansiyeli) fiile geçirir. İngiltere’de önce ilk durum gerçekleşmişti, özel finansman girişimi (*public finance initiative* - PFI) ve kamu – özel ortaklığı (*public private partnership* - PPP) olarak kavramlaştırıldı, hukuku oluşturuldu, kuramsal yazını oluştu ve bir modele dönüştü. Kamu – özel ortaklığı Anglo-Amerikan ülkelerde *yeni kamu işletmeciliği* çerçevesinde geliştirilmiş ve uluslararası finans örgütleriyle yayılmıştır.

Türkiye’de sağlık kamu hizmeti alanında getirilen yasal düzenlemeyi veri alarak yeni tipi değerlendireceğiz.

Kamu hizmeti alanında gerçekleştirilecek üretim için gerekli olan altyapının (genellikle binaların) idarece müteahhidin kiracısı olarak kullanılmak üzere yapım işi ve bu iş karşılığında çekirdek hizmet devlette bırakılarak hizmet parçalarının özel girişimciye yaptırılması dördüncü tipi oluşturmaktadır. Kamu hizmetinin üretilmesi için gerekli olan mal veya yapım işini almaktan farkı, müteahhidin kamu hizmeti alanı ile ilişkisinin inşaatı gerçekleştirmek ile sınırlı olmaması, inşaat bitip teslim edildikten sonra, çekirdek kamu hizmeti dışındaki hizmetleri üretmek üzere kendisi veya alt yüklenicilerin kamu hizmeti alanına uzun süreli yerleşecek olmasıdır.

Yapım işleri ile imtiyaz arasındaki temel farkın yapım işlerinde para idarece ödenirken imtiyazda özel girişimcinin kullanıcılardan para toplaması olduğu, bu yolla işletme riskinin özel girişimciye



aktarıldığı görüşü bulunmaktadır. Kamu hizmetinin parçalandığı ve özel girişimcilere gördürüldüğü üçüncü tipte de özel girişimcilere ödenecek para kullanıcıların sosyal güvenlik kurumlarının ödemelerinin toplandığı döner sermayeden ya da ayrı hesaplardan yapılabilmektedir. Ayrım belirleyiciliğini yitirmektedir. Böyle bir ayrım olduğu kabul edilse bile eksik imtiyazın belirttiğimiz özelliği karşısında, paranın kaynağına ilişkin ölçüt olarak kullanılabilir nitelikte değildir.

Üçüncü tipten yani çekirdek hizmetin idare tarafından üretildiği, bağlı hizmet parçalarının özel girişimcilere ürettirildiği tipten farkı, kamu hizmetinin parçalanmasıyla elde edilmiş tüm hizmet parçalarının tek bir özel girişimciye uzun süreli devredilmesi ve onun tarafından da başka girişimcilere devredilmesine olanak tanınmasıdır. Yeni tipi, imtiyazdan farklılaştıran özellik, eldeki kamu hizmetine niteliğini veren çekirdek hizmetin idare tarafından üretilmesidir. Yeni tipte çekirdek hizmetin idare tarafından üretiliyor olması, çekirdek hizmetin tanımına ve buna bağlı hizmetlerin özel girişimciye devredilme kapsam ve yoğunluğuna bağlı olarak kullanıcılar için hizmetin idare tarafından üretiliyor olduğu algısını yaratmayacak denli sınırlı olabilir. Çekirdek hizmetin idarenin üretimine bırakılmasının nedeni, özel girişimciye kâr güvenceli kamu hizmeti mekanı ve yan hizmetleri yaratabilmektir. Kamu hizmetinden yararlanırken kamu hizmeti mekanına bağlanmak zorunda olan kullanıcı kitlesinin büyüklüğü ve çekirdek hizmetin üretilmesi için kullanılması gereken mal ve hizmetlerin genişliği ve vazgeçilmezliği özel girişimci için kâr güvencesidir. Ayrıca çekirdek hizmetin üretimi özel girişimciye devredilmediği için idare özel girişimcinin yaptığı binada hizmet üretebilmek için kira ödemek zorundadır. Alacağı kira ve hizmet mekanlarının ve çekirdek hizmet dışındaki hizmetlerin işletilmesi özel girişimcinin geliridir. Tüm hizmet üretimi imtiyazının özel girişimciye verildiği durumlarda, genellikle hizmetin altyapısının kurulması ve daha sonra işletilerek bunun maliyetinin çıkarılması ve kâr elde edilmesi bütünüyle özel kişinin ticari sorumluluğundadır. Elbette devletçe piyasanın işleyiş kurallarından bağışık kılınarak üstlenilmiş kamu hizmeti alanında imtiyazla gerçekleştiren kamu hizmeti üretimi için, siyasal tekel olduğu veya alım güvencesi olduğu olduğuna göre, müşteri/kullanıcı bulunması zor değildir.

İmtiyaz ile eksik imtiyaz (kamu – özel ortaklığı) arasındaki temel farkın risk dağılımı olduğu genel kabulü bulunmaktadır. Buna göre imtiyazda tüm yatırım maliyeti özel girişimci tarafından karşılanacak, yapım ve işletme sırasında ortaya çıkabilecek tüm ticari riskler onun tarafından üstlenilecekken eksik imtiyazda risk idare ile paylaşılmaktadır. Kanımızca kamu hizmetinin özel girişimciye ürettirilmesindeki tipleri ayırırken risk paylaşımı ölçüt olamaz. Üretilen kamu hizmeti olduğuna göre, iktisadi risk gerçekleşip özel girişimci yapımı veya işletmeyi sürdüremeyecek duruma geldiğinde, işletme beceri ve örgütlenmesi zayıflamış olan ve daha önemlisi yüksek tazminat tehdidiyle karşı karşıya bulunan idarenin tesise el koymak yerine özel girişimi kurtarması neredeyse zorunluluktur. Özel girişimcinin karşılaşılabileceği risk, kamuya aktarılmaktadır.

Yeni tipte, özel girişimci çekirdek hizmeti üretim işini idareye bırakarak müşteri bulma derdinden de kurtulmakta ve ayrıca altyapı maliyetini kendi çıkartmakla uğraşmayarak kira ile geri dönüşü başlatmaktadır. Dördüncü tipte, çekirdek hizmetin sınırı, özel girişimcinin işleteceği bağlı hizmetler ve hizmet mekanları için müşteri güvencesi sağlamak amacıyla belirlenecektir.

Dördüncü tipi *eksik imtiyaz*dır. Özel girişimciye bırakılan ve işleterek gelir elde edeceği hizmet mekanı ile parçalı hizmetler imtiyaz oluştururken bu imtiyaz, müşteri tutmak için çekirdek hizmetin idareye bırakılmasıyla eksik bırakılmaktadır. Özel girişimcinin kamu hizmeti alanında sahip olduğu imtiyazın tek eksiği çekirdek hizmet olmakla birlikte onun sahip olduğu işletmeyi imtiyaz haline getiren de bu eksikliktir.

İngiltere ve Fransa’da onarım işleri de eksik imtiyaza bırakılabilmektedir. Hizmet mekanlarının ve parçalı hizmetlerin işletilmesi imtiyazı karşılığında kamu hizmet altyapısının (özelikle binaların) onarımında da kullanılmaktadır, bu durumda özel girişimciye kira verilmemektedir. Dördüncü tipin içinde *kıralı eksiz imtiyaz – kirasız eksiz imtiyaz* ayrımı yapılabilir.

### ***Sağlık Kamu Hizmetinde Kamu özel ortaklığı ya da eksik imtiyaz yöntemi***

21.2.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması ... Hakkında Kanun ile sağlık kamu hizmetlerinde kamu özel işbirliği yönteminin kullanılması düzenlenmiştir. Sağlık kamu hizmetinde kamu özel işbirliği yöntemi Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bedelsiz üst hakkı tesis edilerek suretiyle ihale ile özel hukuk hükümlerine göre özel girişimcilere yaptırılması, yeniletilmesi ve ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesidir (m.1).

Bu yöntemde idare yüklenicinin yaptığı tesisler ve tesisteki belli hizmetler karşılığında yükleniciye bedel öder (m.1/c). Bu bedelin tesis kiralari için olan bölümüm *kullanım bedeli* (m.1/j) ve özel girişimci tarafından yürütülecek hizmetler için olan bölümü ise *hizmet bedeli* olarak adlandırılır (m.1/e). Girişici sağlık tesisinin içinde yer aldığı yerleşkedeki (m.1/y) mecburi ve ihtiyarı ticari hizmet alanlarını işletme imtiyazına da sahiptir (m.1/k, g).

İdarenin kamu özel ortaklığı kuracak olan tek bir özel girişimci değildir. Finans, inşaat ve tıbbi hizmetler alanlardaki çeşitli gerçek ya da tüzelkişiler bir araya gelerek *ortak girişim* (m.1/l) oluştururlar, ihaleyi kazanan ortak girişim idare ile sözleşme imzalamak üzere *özel amaçlı şirket* (m.1/o) kurar. İdare ile şirket arasında imzalanan sözleşme ve ekleri özel hukuk hükümlerine göre yapılır (m.1/ö, m.4/1). Sözleşme süresi otuz yılı geçmemek üzere idarece belirlenir (m.4/1). Eksik imtiyazcı (yüklenici), sözleşmeden doğan tüm hak ve yükümlülüklerini aynı şartlarla gerçek veya özel hukuk tüzel kişisine idarenin onayı ile devredebilir (m.4/5).

Eksik imtiyaz alan şirket, yapım için gerekli finansmanı sağlayacak (m.6), tesisleri yapacak; bedeli karşılığında bakım ve onarımından sorumlu olacak, yine bedeli karşılığında (m.5/3) kendisine bırakılan hizmetleri üretecek ve ticari hizmet alanlarını işletecektir (m.4/2). Sözleşme süresi sonunda da yerleşkenin her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bakanlığa devredecektir (m.4/2, m.7). Yüklenici, sözleşme konusu işlerle ilgili gerekli tüm finansmanı sağlamakla yükümlüdür (m.6). Bununla birlikte şirketin para bulmasını kolaylaştırmak için idarece geri ödeme güvenceleri verilebilmektedir.

Özel girişimciye, ticari alanları işleterek elde edeceği gelirin dışında idarece bir kira (bedel) ödenir. Kira, bakanlığa veya bağlı kuruluşlara ait döner sermaye bütçesinden ve/veya merkezi yönetim bütçesinden karşılanır (m.5/5).

Sözleşme süresinin ve bu sürede ödenecek bedelin belirlenmesinde yatırımın maliyeti ve projenin niteliği, ekipman ve tıbbi donanımın yüklenici tarafından sağlanıp sağlanmayacağı, yüklenicinin karı, yatırım konusu taşınmaz ve tesisteki hizmetlerin ve ticari hizmet alanlarının işletilmesinin yükleniciye verilir verilmeyeceği hususları dikkate alınır. Yüklenici tarafından yabancı para birimi ile kredi temin edilmesi durumunda bedele kur farkı da eklenir (m.5).

Eksik imtiyaz yöntemi kamu hizmetleri için gerekli olan tesislerin (binaların) yapımı ve yenilenmesi için de kullanılabilir (m.2) Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde özel girişimciye üst hakkı tanıyarak ve belirlenecek bedel karşılığında tesis yaptırabilir. İdarelerin ellerindeki tesislerin yenilenmesi işlerini, tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması ve/veya ticari hizmet alanlarının işletilmesi ve/veya bedelinin ödenmesi karşılığında yaptırabilir (m.2).

Yüklenicinin işletme döneminde sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirememesi durumunda sağlık hizmetleri sürdürülemez duruma gelirse iş, idare tarafından yüklenici namı hesabına yaptırılır. Yüklenicinin yükümlülüklerindeki aksama sağlık hizmetlerini sürdürülemez duruma getirmiyorsa, idare durumu düzeltmesi için uygun bir süre verir. Yüklenici bu sürede durumu düzeltmezse idare eksik işleri başka özel girişimcilere ihale ile yaptırır. Yüklenicinin işletme döneminde sözleşmede belirtilen performans puanının altında kalması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir. Bütün bu durumlarda, eksik imtiyazı işi için para (finans) sağlamış şirkete “idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitme hakkı tanınmıştır (m.4/7).

Eksik imtiyaz değiştirilebilir içerikte idari sözleşmelerdir. Kapsadıkları uzun dönem boyunca taraflarca değiştirilebilirler. Sözleşmenin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması sözleşme bedelini artırmamak kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir (m.4/9). Sözleşmenin toplam bedeli artırılmasa da özel girişimciye ödenecek para (bedel) değiştirilebilir. Sözleşme değişikliklerinde, sözleşme bedelinin artırılmaması kaydıyla kullanım bedeli veya hizmet bedeli artırılmak veya azaltılmak suretiyle değiştirilebilir (m./9). Eksik imtiyazı alan girişimin ticari işletme alanları ile devredilen hizmetler artırılarak ona idarece ödenecek kira (bedel) düşürülebilir ya da tersi yapılabilir.

#### ***Sağlık eksik imtiyazında tahkim***

Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinden (eksik imtiyaz sözleşmelerinden) doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yönteminin uygulanabileceği 21.2.2013 tarih ve 6428 sayılı *Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*’un “Sözleşme” başlıklı 4. maddesinin 11. bendinde kurala bağlanmıştır. “Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilaflarda Türk hukuku uygulanır ve ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Ancak, taraflar ihtilafların esasına Türk hukukunun uygulanması kaydıyla ihtilafların 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler.”

Tahkim yolun götürülebilecek uyuşmazlıklar taraflar arasında doğan uyuşmazlıklardır. Sözleşmenin tarafı olmayan ancak sözleşme konusuyla ilgili olanların, örneğin kamu hizmeti kullanıcılarının sözleşmeye ya da sözleşmenin uygulama kararlarına yönelik hukuka aykırılık savları bu madde kapsamında değildir.

Sağlık alanında kamu özel işbirliği sözleşmelerinden (eksik imtiyaz sözleşmelerinden) taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde temel ilke, Türk hukukunun uygulanması ve Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinin görevli ve yetkili olmasıdır.

Taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıklar, Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinin görev ve yetkisinden çıkarılarak tahkime bırakılabilir. Sağlık alanında kamu özel işbirliği sözleşmelerinden taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların tahkime bırakılabilmesi koşullara bağlanmıştır. Tahkim koşulları:

1. Ancak taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıklar için tahkim öngörülebilir.
2. Tahkimde uyuşmazlıkların esasına ancak Türk hukuku uygulanabilir.
3. Tahkim yargılaması 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu tabidir.

Sağlık eksik imtiyazında taraflar arasında doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunun kabul edilmiş olması durumunda davayı Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinden biri görmeyecek ve Türk usul hukuku uygulanmayacaktır bununla birlikte, hakem heyeti çekişmede kimin haklı olduğunu, hakkı kime teslim etmesi gerektiğini belirlerken Türk hukukunun uygulayacaktır.

Ayrıca, hakem heyetinin belirlenmesi, kimi tedbir kararlarının alınması ve daha önemli hakem kararının denetlenmesi konularında Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinin yetkisi sürmektedir.

Sağlık eksik imtiyazına ilişkin tahkimin bağlı olduğu 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda da uyuşmazlığın esasına uygulanacak kurallarla hakem yargılamasının yöntem kuralları arasında ayırım yapılmaktadır. İlke olarak hem uygulanacak yöntem kurallarının hem de esasa ilişkin kuralların belirlenmesinde taraflar serbesttir. Yasanın 8. maddesine göre, “Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, bu Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler.” Yasanın 12. maddesinin “C” bendine göre, “Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir.”

Sağlık eksik imtiyazı tahkimleri için yasa ile hukuk belirlenmiştir. 6428 sayılı Yasanın 4. Maddesinin 11. Fıkrasına göre “ihtilafın esasına Türk hukuku” uygulanacaktır. Esasa ilişkin hukuk yasa ile seçilmiştir. Tahkim konusunda anlaşılan tarafların uyuşmazlığın esası için Türk hukukuna aykırı sözleşme ya da şartname hükümleri belirlemeleri olanaklı değildir.

Hakem heyeti taraflar arasında çıkan uyuşmazlığı taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve Türk hukukuna göre çözecektir. Türk hukukunun kamu düzenine ilişkin ilkelerine aykırı sözleşme hükümlerinin uyuşmazlığın çözümünde kullanılabilmesi olanaklı değildir. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre, tahkim kararlarına karşı tarafların iptal davası açması olanaklıdır. İptal davasını Bölge Adliye Mahkemesi karara bağlar. Yasanın 15/A-2,b hükmüne göre, tahkim kararına karşı iptal davası açılması durumunda mahkeme “kararın kamu düzenine aykırı olduğunu saptarsa hakem kararını iptal eder. Ayrıca, asliye hukuk mahkemesince hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin karar verilirken de mahkemenin kararda kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı incelemesini yapması gerekmektedir (m.15/B, II).

Sağlık eksik imtiyazından doğan uyuşmazlıkların çözümünde yetkili mahkemeler Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleridir, yasa uluslararası tahkim yolunun kullanılabileceğini de öngörmüştür. Uluslararası tahkim yolu öngörüldüğünde de hangi tahkim kurumu ve kuralı seçilirse seçilsin, uyuşmazlığın esasına Türk Hukuku uygulanmak zorundadır.

### ***İhtilafın esasına Türk hukukunun uygulaması***

Yasaya göre taraflar ancak “ihtilafın esasına Türk hukukunun uygulanması kaydıyla” tahkim yoluna başvurabileceklerine göre *sağlık eksik imtiyazında* kamu yararına fesih (fr. *rachat*) durumunda idarenin özel girişimciye ödeyeceği tazminata ilişkin Türk hukukundaki kuralları ve temel ilkeleri belirlenmelidir.

Taraflar arasında doğacak tazminat uyuşmazlığının uluslararası tahkime gitmesi durumunda “ihtilafın esasına Türk hukukunun uygulaması” zorunlu olacaktır. Uyuşmazlığın esası, çekişmede hakkın ne olduğunun ve kimin olduğunun belirlenmesidir. Bu nedenle olası uyuşmazlıkta tahkim heyetinin özel girişimciye ödenecek tazminatın kapsamı ve hesaplanmasına ilişkin Türk hukuku kurallarını saptayabilecek ve uygulayabilecek nitelikte olması gerekir.

Sağlık kamu hizmetlerinde özel girişimcilere eksik imtiyaz verilmesini düzenleyen 6428 sayılı yasanın 4. maddesinin IX. fıkrasına göre “Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde ... sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır.” İlgili yönetmelikte genel hükümlere, sözleşme hükümleri de eklenmiştir (“Sözleşmenin feshi hâlinde sözleşme konusu işlerin hesabı sözleşme ve genel hükümlere göre yapılır.” m.4/10).

Yasanın 1. maddesi ve 4. maddesinin I. fıkrasına göre sözleşme “özel hukuk hükümlerine tabi” olduğuna göre, sözleşmenin sona ermesi durumunda uygulanacak *genel hükümler* özel hukukun

genel hükümleridir. Özel hukukta ise sözleşme özgürlüğünün sınırı “kamu düzenidir.” Sözleşme konusunu ve tarafların ehliyetlerini düzenleyen kamu düzenine ilişkin kurallar sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturur. Borçlar Kanunu’nun 27. maddesinde kamu düzenine aykırılık sözleşme için kesin hükümsüzlük durumları arasında sayılmaktadır.

Sözleşme Borçlar Kanunu’nun 1. maddesinde düzenlenmiştir: “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.” 26. ve 27. maddeler sözleşme içeriğini (konusunu) düzenlemektedir. “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.” “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”

Yasanın emredici hükümlerine aykırı sözleşme yapılamaz. Emredici hükümler, tarafların üzerinde tasarrufta bulunamayacağı, etkisizleştiremeyeceği hükümlerdir ve kişiler arası eşit ilişkiler sözkonusu olduğunda son derece sınırlıdır (örneğin zamanaşımı süreleri tarafların anlaşmasıyla değiştirilemez, kasıt veya ağır kusur durumlarında sorumluluğun sözkonusu olmayacağına ilişkin sözleşme yapılamaz). İdare sözkonusu olduğunda ise idarenin etkinliğini düzenleyen kurallar arasında emredici olanlar – olmayanlar ayrımı yapılmaz. İdare etkinliğini düzenleyen tüm kurallara uymak zorunudur. Borçlar Kanunu’nun 27. maddesindeki kurallar idarenin özel hukuk sözleşmeleri için de geçerlidir. İdari sözleşmelerde ise yasanın emredici hükümlerine aykırı kurallar yer alabilir ama elbette ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve imkansız konular yer alamaz. Sözleşme ilişkilerini düzenleyen yasaların emredici hükümlerine aykırı hükümler barındırabilmesi idari sözleşmeleri, özel hukuk sözleşmelerinden farklılaştıran özelliklerden biridir. Buradaki emredici hükümler, açıkladığımız üzere, özel hukuka ait bir kavramdır ve idarenin yasallık ilkesine aykırı davranabileceği anlamına gelmez.

Sözleşme konusuna ilişkin hukuki rejim yalnızca sözleşme hükümleriyle belirlenmez. Sözleşme konusu mal, hizmet veya çalışma ilişkisinin hukuki rejimi sözleşme içinde olabileceği gibi sözleşme dışında, yani sözleşme ilişkisini düzenleyen mevzuatta da bulunur. İdare ve özel girişimci sözleşmeye konu edilmiş olsa da kamu hizmeti ve kamu malı konusunda geniş bir mevzuata tabidir. Sözleşme konusu kamu hizmeti ve kamu malına ilişkin mevzuat hükümlerinin hemen tamamı tarafların üzerinde tasarruf edemeyeceği emredici hükümler içerir. Özel girişimcinin sözleşme konusu imtiyazları, hakları ve yükümlülükleri ile idarenin yükümlülük ve yetkileri sözleşme hükümlerinden daha çok mevzuat tarafından belirlenmiştir. İdarenin sözleşmede yazmasa bile sahip olduğu yetkiler, sözleşme konusu kamu hizmetini düzenleyen hukuki rejimden (mevzuat ve ilkelerden) gelmektedir.

İmtiyaz ya da eksik imtiyaz sözleşmelerinden özel girişimci için doğan nisbi (şahsi) hakların mülkiyet hakkı kapsamında korunması olanaklı değildir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında ve AİHM içtihadında devletten alınmış işletme haklarını, kolluk ruhsatlarını ve imtiyazları, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilmektedir. Mülkiyet kavramının özerk yorumlanması, iç hukukla bağlarının koparıldığı anlamına gelmez. Bir hakkın sözleşmedeki mülkiyet hakkı kapsamında korunabilmesi için iç hukukta *yeterli ulusal temel* bulması gerekir. Hukuk düzeninin korumadığı bir hak ya da statü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulamasında mülkiyet hakkı kapsamına alınamaz. Sağlık kamu hizmetini özel girişimcilere gördürmeyi konu alan sözleşmelerle oluşturulan imtiyaz ya da eksik imtiyazlar özel girişimciler için uygulandığı süre boyunca edinilenler yönünden mülkiyet hakkı oluşturabilir. Bununla birlikte devletin sağlık kamu hizmetine ilişkin kurduğu anayasal rejim, imtiyaz konusu işi özel girişimcinin mülkiyetine dönüştürebilecek meşru iç hukuk temeli oluşturmamaktadır. Sağlık kamu hizmetine ilişkin anayasal yapı ilgili başlıkta ele alınmıştır.

Sağlık eksik imtiyazının idarece sözleşme süresinden önce kamu yararı nedeniyle sona erdirilmesi durumunda özel girişimci ile idare arasında sona erdirmeye kararına ilişkin olarak değil de ödenecek giderime ilişkin uyuşmazlık çıkma olasılığı güçlüdür. İdarenin, kamu yararı gerekçesiyle imtiyazı erken sona erdirmeye yetkileri tartışma konusu değildir. Uyuşmazlık idarenin özel girişimcinin zararını karşılamak için ödeyeceği tazminattan doğmaktadır. Giderimin hesaplanmasında kapsam (giderim kalemleri) ile hesaplama yöntemleri belirleyicidir.

## B. Kamu Hizmetini Özel Girişimcilere Gördürme Sözleşmelerinin Feshi

Kamu hizmetinin özel girişimcilere gördürülmesine ilişkin sözleşmeler, imtiyaz (yap-işlet-devret, işletme hakkı vb.) ve eksik imtiyaz sözleşmeleri, idare ya da özel girişimci tarafından sözleşme süresinden önce sona erdirilebilir (fesih). Sona erdirmeye çeşitli nedenlerden kaynaklanabilir ve çeşitli biçimlerde gerçekleştirilebilir. Erken sona erdirmeye dört durumda gerçekleştirilebilir: Özel girişimcinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi (özel girişimcinin kusuru), idarenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi (idarenin kusuru), sözleşmenin uygulanmasına etki eden zorlayıcı nedenlerin uzaması ve idarenin gerekli görmesi. İdarenin gerekli görmesi, sözleşme konusu kamu hizmetinin yürütülüş biçimine ilişkin idarenin yeni bir seçim yapmasını anlatır.

Tarafların sözleşmeyi erken sona erdirmeye yetkileri, sözleşme konusu kamu hizmetini üstlenen yasada ya da sözleşmelerde düzenlenmiş olabilir. Yasada ya da sözleşmede düzenlenmiş olmasa bile tarafların sözleşmeyi erken sona erdirmeye hakları vardır. Yasada düzenlenmişse, bu kurallara uyulması idare için yetki ve yükümlüdür; sözleşmenin hukuksal rejimi yönünden kamu düzenindedir.

### 1. Yaptırım Feshi, Kamu Yararına Fesih

İmtiyaz sözleşmelerinin idarece sona erdirilmesi, *yaptırım olarak sona erdirmeye* ve *kamu yararına sona erdirmeye* olarak ikiye ayrılır.

İmtiyaz sözleşmelerinin idarece sona erdirilmesi durumlarına ilişkin Sıddık Sami Onar'ın 1960'larda aktardığı bilgiler genel olarak geçerliliğini korumaktadır. Onar, yaptırım feshi ve kamu yararına fesih ayrımı yapmadan sona erdirmeye durumlarını Fransız yazınından aktararak *muvakkat elkoyma* (*la mise sous séquestre*), *imtiyazın ıskatı* (*déchéance*) ve *raşa* (*rachat*) olarak sınıflandırmaktadır. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, c.3, 3.B., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s.1638).

#### **Geçici elkoyma**

*Geçici elkoyma* (*la mise sous séquestre*) ve *imtiyazın düşürülmesi* (*déchéance*) imtiyazcının kusuruna karşı uygulanan bir yaptırımdır. İmtiyazın geri alınması (*rachat*) ise hizmetin yürütülüşü biçimine ilişkin idarenin seçimine dayanır. Geçici elkoyma ve imtiyazın düşürülmesi *yaptırım feshi*, imtiyazın geri alınması ise *kamu yararına fesih* olarak da adlandırılabilir. Onar, geçici elkoymayı, imtiyaz sahibinin geçici kimi nedenlerle hizmeti gereği gibi yürütememesi, bu durumun kamu yararı için tehlike yaratması ya da hizmeti kesintiye uğratması nedeniyle imtiyaz sahibinin haklarını kullanmasını ve imtiyazı işletme yetkisini geçici olarak kaldıran ve idareye imtiyaz sahibi adına ve hesabına imtiyazı işletme yetkisi veren bir idari önlem ve yaptırım olarak tanımlamaktadır (Onar, 1638-9).

#### **İmtiyazın düşürülmesi (yaptırım feshi)**

*İmtiyazın düşürülmesi* (*yaptırım feshi*) (*déchéance*) ise imtiyazı sona erdiren bir yaptırımdır, İmtiyaz sahibinin ağır kusuru nedeniyle bütün haklarının sona erdirilmesini ve devletin imtiyazın bütününe elkoymasını, imtiyaza bağlı tüm hakların devlete geçmesini anlatır (Onar, 1639).

İmtiyazın yaptırım feshi (düşürülmesi) için bunun yasada ya da sözleşmede açıkça öngörülmesi gerekmez. Sözleşme ve şartnamede, yaptırım feshinin uygulanmayacağına ilişkin kural konulmuşsa bunlar geçersizdir (Onar, 1640). Onar'a göre, imtiyazın düşürülmesi, yaptırım feshi, durumunda imtiyazcı bütün haklarını kaybedeceğinden idareden zarar giderimi isteyemez, hatta kimi durumlarda idare imtiyaz sahibinden zararının giderimini isteyebilir (Onar, 1641).

### ***İmtiyazın geri alınması (kamu yararına fesih)***

*İmtiyazın geri alınması (kamu yararına fesih) (rachat)*, imtiyaz sözleşmesi sürerken, imtiyazın tüm tesisleri, onun tamamlayıcı parçaları ve eklentileri ile birlikte bedeli karşılığında idarece satın alınarak sözleşmeye son verilmesidir (Onar, 1641). İmtiyazın geri alınması, bir yaptırım değildir, idarenin kamu hizmetlerinin kurulması ve işletilmesi konusunda sahip olduğu yetkiden kaynaklanır. İmtiyazın kamu yararına sona erdirilmesi, kamu hizmetini imtiyazcı olarak yürüten özel girişimi millileştirmek, devletleştirmek ya da idarece yürütmek gibi bir amaçla yapılabilir (Onar, 1641). İdare kamu yararına fesih (raşa) yetkisinden vazgeçemez. İmtiyaz sözleşmesine ya da şartnamesine idarenin kamu yararına fesih yetkisini kaldıracak kurallar konamaz. İdarenin kamu yararına fesih yetkisini kullanmasını olanaksız duruma getirecek derecede ağır şartlar, bu yetkinin kaldırılması ya da bu yetkiden vazgeçilmesi anlamına geleceğinden hükümsüz sayılır (Onar, 1641). Kamu yararına fesih sözleşmede öngörülmemiş olsa da gerçekleştirilebilir.

Kamu yararına fesih, imtiyazın geri alınması (raşa) Türkiye Cumhuriyetinde geniş bir uygulama sahası bulmuştur. Anadolu ve Bağdat Demiryolları ile imtiyaza verilmiş diğer demiryolları, İstanbul rıhtım şirketi, havagazı şirketleri, su şirketleri ve imtiyaza verilmiş olan diğer birçok kamu hizmeti kamu yararına fesih (raşa) yoluyla devletleştirilmiş, birer kamu kurumu ya da iktisadi devlet teşekkülü biçiminde işletilmiştir (Onar, 1641).

### ***Sağlık eksik imtiyazının idarece sona erdirilmesinin yasal yapısı***

Türk hukukunda, Fransız idare hukukundan da yararlanarak oluşturduğu ve uygulanmış olan imtiyazların sona erdirilmesi rejimi, 2000'den sonra sağlık kamu hizmetlerinin özel girişimcilere gördürülmesinde kullanılmaya başlanan kamu özel ortaklığı olarak adlandırılan eksik imtiyaz yönteminde yasal düzenleme biçimi almıştır.

Sağlık eksik imtiyazının sona ermesi ve özellikle idarece sona erdirilmesi kuralları 6428 sayılı *Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ... Hakkında Kanun*'un "Sözleşme" başlıklı 4. maddesinde kurala bağlanmıştır. Ayrıca 21.3.2014 tarihli *Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği*'nin 59. ve 62. maddelerinde de düzenlemeler bulunmaktadır.

Sağlık eksik imtiyazları (Kamu özel ortaklığı sözleşmeleri) sabit yatırım dönemi dışarda kalmak üzere en fazla otuz yıllık yapılabilir. Eksik imtiyaz sözleşmesi, sözleşme süresinin bitmesi ile sona erer; tarafların karşılıklı anlaşmasıyla; uygulanmasını güçleştiren ya da engelleyen zorlayıcı nedenlerin sürmesi nedeniyle; kusurları nedeniyle taraflarca ya da idarece neden belirtilmeden sona erdirilebilir (fesih). Bütün bu olasılıklar 6428 sayılı Yasada ve ilgili yönetmelikte kurala bağlanmıştır.

1. Sürenin bitimiyle sona erme (6428, m.7/1)
2. Süre bitiminden önce
  - a. Zorlayıcı nedenlerle sona erdirmeye (Yön, m.59/1)
  - b. Tarafların karşılıklı anlaşması yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesi (6428, m.4/9).
  - c. Sözleşmenin feshi

- i. İdarenin kusuru nedeniyle yüklenici tarafından fesih (Yön, m.62/7)
- ii. Yüklenicinin kusuru nedeniyle idare tarafından fesih (Yaptırım feshi)
  - 1. Sabit yatırım döneminde fesih: (6428, m.4/6)
  - 2. İşletme döneminde fesih (6428, m.4/7)
- iii. İdarece kamu yararına fesih (Yön, m.62/7)

Yaptırım feshi düzenleniş biçimi, imtiyaza geçici elkoyma ve imtiyazın düşürülmesi modeliyle uyumludur. Kamu yararına fesih de yetkinin niteliğine uygun biçimde neden ögesi belirtilmeden düzenlenmiştir. Yaptırım feshi, yapım aşaması ve işletme aşaması için ayrı ayrı kuralla bağlanmıştır. İmtiyazcının kusurunun kendisi ya da yerine geçerek idarece giderilmesi, imtiyaz ilişkisinin ayakta tutulması ve son çare olarak feshe başvurulması amaçlanmıştır. Yaptırım feshi yapım dönemi ve işletme dönemi ayrılarak düzenlenmiştir.

1. Yapım döneminde yaptırım feshi: Sabit yatırım döneminde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde;
  - a. Doğrudan fesih: Sözleşmede belirlenen derhâl fesih hâllerden biri sözkonusu ise idare sözleşmeyi derhal sona erdirebilir.
  - b. Süre verdikten sonra fesih: Sözleşmede belirtilen derhal fesih hallerinden biri sözkonusu değilse, idare tarafından yükleniciye gereğinin yapılması için işin niteliğine uygun süre verilir. Belirlenen sürede taahhüdün yerine getirilmemesi hâlinde, finans sağlayıcılar idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle işin yapılmasını sağlayabilir. Bunun sağlanamaması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir.
2. İşletme döneminde yaptırım feshi. Yüklenicinin işletme döneminde sözleşmede belirtilen *performans puanının* altında kalması durumunda sözleşme idarece feshedilir. (Yasada “performans puanı” kavramı kullanılmış olmasına karşın Yönetmeliğin 62. maddesinin 2.fıkrasında “hata puanı” kavramı kullanılmıştır.) Bu hâllerde de finans sağlayıcıların idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitme hakkı saklıdır (Yasada zorunlu koşul olarak düzenlenmemiş olmasına karşın performans puanı düşüklüğü durumunda idarenin fesih yetkisi yönetmelikte, finans sağlayıcıların ile idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmesi koşuluna bağlanmıştır (Yön. m. 62/2). Bu hüküm yasaya aykırıdır. Yüklenicinin edimlerini yerine getirmemesi durumunda sözleşmenin ayakta tutulmasına çalışılır. 4. maddenin VII. fıkrasına göre, yüklenicinin işletme döneminde sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu sözkonusu değilse, idare tarafından yükleniciye gereğinin yapılması için işin niteliğine uygun süre verilir, belirlenen sürede taahhüdün yerine getirilmemesi hâlinde iş, idare tarafından yaptırılarak ücreti yükleniciye ödenecek bedelden mahsup edilir. Sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu sözkonusu ise yükleniciye bir süre verilmez, iş idare tarafından yüklenici namı hesabına yaptırılır.
3. Kamu yararına fesih (imtiyazın geri alınması ya da *raşa*) yasada kuralla bağlanmamıştır. İdarenin sağlık eksik imtiyazını sözleşme süresi dolmadan sona erdirebilmesine ilişkin yasada ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Yönetmeliğin, sözleşmenin feshini düzenleyen 62. maddesinin 7. fıkrasında “sözleşmenin, yüklenicinin herhangi bir kusuru olmaksızın idare tarafından feshedilmesi ... durumunda yüklenicinin zararının ne şekilde ve ne ölçüde telafi edileceği sözleşme ile düzenlenir.” kuralı bulunmaktadır. Kamu hizmetinin sahibi ve yasal yükümlüsü olan idarenin imtiyazı geri alma yetkisinin açıkça kuralla bağlanmasına gerek yoktur.



## 2. İmtiyazın Sona Erdirilmesinde Tazminat

İmtiyazın geri alınması (kamu yararına fesih) (rachat) durumunda imtiyazcı özel girişimciye bir tazminat verilmesi, zararların giderilmesi gerekir. Onar, tazminat kavramını değil bedel kavramını kullanmaktadır (Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, c.3, 3.B., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s.1643). Kavramlaştırmada imtiyazın geri alınması durumunda ödenecek bedel, idareye geçen yapıların karşılığını ve tazminatı kapsayan daha genel bir kavramdır.

İmtiyazın geri alınması (raşa) kararından, kararın hukuka uygun olup olmadığından çok bedele ilişkin uyumsuzluklar doğar (Onar, 1643). Sözleşmede yer alan bedel ve tazminat hesaplama yöntemlerinin kamu yararına fesih yetkisini olanaksız kılacak biçimde olmaması gerekir. İdarenin kamu yararına fesih (imtiyazın geri alınması) yetkisini kullanmasını olanaksızlaştıracak ya da köklü biçimde güçleştirecek sözleşmede yer alan tazminat hesaplama kuralları hükümsüzdür.

İmtiyazın sona ermesi durumunda özel girişimciye ödenecek bedelin hesaplanmasına ilişkin sözleşmede kural konulmuş olabilir. Böyle bir belirleme yapılmamışsa, Onar'a göre, imtiyazın geri alınması bedeli şunlardan oluşur (Onar, 1643).

1. İdareye geçen yapıların amortisman çıktıktan sonraki değerleri. Kamu hizmetinin üretilmesi için gerekli olan yapılar kamu malı üzerinde kurulmuş olduğundan sözleşme sona erdirildiğinde yapılar idareye geçer, idare de özel girişimciye o ana kadar geri döndüremediği yapım masraflarını öder. Yapıların, sözleşme sona erdirildiği tarihteki bedeli değil, yapım bedelinden o ana kadar geri döndürülememiş olan bölümü ödenir. Özetle, imtiyaz sahibine yapılar karşılığı ödenecek bedel, bunlar için harcanan paradan o zamana kadar amorti edilen düşülmesinden sonra kalacak bölümdür (Onar, 1643). Özel girişimci, yapıların yenilenmesi için gerekli olan harcamayı yapmamışsa, hizmetin yürütülmesi için bu harcamanın idarece yapılması gerekeceğinden bu para da bedelden düşülebilir (Onar, 1644).
2. Hizmetin yürütülmesi için gerekli olan araç gereçler, taşınır değerler. Bunlar, kamu malı ve hizmeti ile kaynaşarak tamamlayıcı parça niteliği kazanmış olmadıklarından üzerlerinde özel girişimci imtiyazcının aynı hakları ya da mülkiyet hakkı sürmektedir. Bu nedenle bunlar için imtiyazın geri alınması tarihindeki piyasa bedelleri hesaplanarak tazminat belirlenir (Onar, 1644).
3. Kar yoksunluğu giderimi (Onar, 1643). İdare, imtiyaz verdiği özel girişimciye belli bir karın sağlanmasını yükümlenmiştir. İmtiyazcı için bu bir girişimdir ve girişiminden normal ve meşru bir kar beklemesi hakkıdır. Bu kar, yapılar için harcanan para geri döndükçe, masraflar azaldıkça, hizmete olan yönelim artıkça zaman içinde artabilecek bir kardır. İmtiyaz geri alınınca özel girişimci bu kardan yoksun kalır. Girişimcinin yoksun kalacağı kar ikiye ayrılır. İmtiyazın sona erdirildiği tarihte elde etmekte olduğu kar ve ileride elde edilecek kar. Her iki zarar karşılığı tazminat ödenmesi gerekir. Onar, yoksun kalınacak karın nasıl belirlenebileceğine ilişkin herhangi bir saptama yapmamış ancak Fransız özel hukukunda, uzun süreli kira sözleşmelerinin feshi durumunda ödenecek tazminat türünün adını, *prime d'éviction*, anmıştır.
4. İmtiyazcı özel girişimcinin çalışanlarına ödeyeceği tazminatların karşılanması. İmtiyaz sona erdirildiğinde, özel girişimcinin çalışanlarına ödeyeceği tazminatın idarece karşılanması gerekir (Onar, 1644).
5. İmtiyazcı özel girişimcinin ödenmesi gereken borç senetlerinin (tahvillerinin) ve hizmet dolayısıyla üçüncü kişilere olan borçlarının idarece ödenmesi gerekebilir. Borçların

ödenmesi devleti mali yüklenimler altına soktuğu için Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yasa ile onayı gerekebilir (Onar, 1645).

Sözleşmeyi erken sona erdirmiş olan idarenin özel girişimciye tazminat ödemek için aldığı kararlar, idari işlemlerdir ve ilgi bağı kuran sözleşmedışı kişilerce (üçüncü kişilerce) idari yargıda iptal davasına konu edilebilirler. İdarenin tazminat ödeme kararı, bunun kapsamını ve oranını belirleme kararı sözleşme hükümlerinin uygulanması için yapılan ve parasal kaynağını sözleşmede bulmayan işlemler olduğundan özel hukuk işlemleri değil, idare kaynaklı, kamu hizmetinin yürütümüne ilişkin ve mali kaynaklara dayalı, üçlü ölçütün tüm özelliklerini taşıyan bir idari işlemdir.

### ***Sağlık eksik imtiyazının feshinde tazminat***

#### ***Yasal yapı***

Sağlık eksik imtiyazının sona erdirilmesi durumunda tarafların parasal haklarına ilişkin yasal düzenlemeler sınırlıdır. 6428 sayılı yasada fesih durumunda tarafların parasal haklarına ilişkin sözleşmeye ve genel hükümlere gönderme yapılmaktadır. Yasada yapıların kamuya geçişine ve tazminatlara ilişkin yeterli düzenleme yapılmamıştır. Yasanın 4. maddesinin 10. fıkrasından çıkan temel kurallar şunlardır.

1. Sözleşmenin feshi hâlinde yüklenicinin idare ile ilişkisi kesilir.
2. İdarenin özel mülkiyetindeki taşınmaz üzerinde yüklenici lehine tesis edilen üst hakkı herhangi bir yargı kararı aranmaksızın iptal edilir. Taşınmaz üzerindeki tüm yapı ve tesisler sağlam ve işler durumda Hazineye intikal eder. Hak lehtarı veya üçüncü kişilerce üst hakkından kaynaklanan herhangi bir hak veya talepte bulunulamaz.
3. Sözleşmenin feshedilmesi hâllerinde kusurlu tarafın ödeyeceği tazminat ve cezai şartlara sözleşmede yer verilir.
4. Sözleşme konusu işlerin hesabı sözleşme ve genel hükümlere göre yapılır.

Yasada, sözleşmenin feshi durumunda yalnızca kusurlu tarafın tazminat ödeyeceği kurala bağlanmıştır. Kusurlu tarafın ödeyeceği tazminat sözleşmede düzenlenir. İdarenin sözleşmeyi kamu yararına sona erdirmesi durumunda, yani sağlık eksik imtiyazının geri alınması (raşa) durumunda tazminat ödemesi gerektiğine ilişkin yasada bir kural bulunmamaktadır.

İdarenin sağlık eksik imtiyazını sözleşme süresinin bitiminden önce kamu hizmeti gereklerince sona erdirmesi durumunda imtiyazcının yasadaki “sözleşme konusu işlerin hesabı sözleşme ve genel hükümlere göre yapılır” kuralına dayanarak zararlarının karşılanması için tazminat isteyeceği kabul edilebilir.

Yasa ve yönetmelikte açık bir kural bulunmamakla birlikte kamu yararına fesih durumunda özel girişimcinin tazminat istemesi dayanağını mülkiyet hakkından, sözleşme ve girişim özgürlüğünden bulur. Eksik imtiyaz yönteminde, kamu hizmeti yapısının sahibi özel girişimcidir, idare sözleşmeyi erken sona erdirerek yapının sahibi olunca, özel girişimciye yapının henüz geri döndürülmemiş maliyetini ödemekle yükümlüdür. Ayrıca, idarenin sözleşmeyi erken sona erdirerek özel girişimcinin iktisadi girişimine ilişkin beklentileri üzerinde yarattığı zararı da karşılamak zorundadır. Kamu yararına erken fesih durumunda özel girişimcinin haklarının hesabı, sözleşme hükümlerine ve genel hükümlere göre yapılacaktır.

Türkiye’de yapılmış olan kamu özel ortaklığı (eksik imtiyaz) sözleşmelerine erişme olanağı bulunmamaktadır. Sözleşmeler, mahkemelere gönderilmemekte, ticari sır sayılarak bilgi edinme hakkı kapsamına alınmamaktadır. Bu nedenle sona erdirmeye ilişkin sözleşme hükümlerini

inceleme olanağımız bulunmamaktadır. Yabancı ve yerli özel girişimlerin bir araya gelerek oluşturdukları yatırım ortaklıkları ile yapılan sözleşmelerdeki sona erdirmeye ve tazminat hükümlerinin kamu özel ortaklığını geliştiren ve modelleştirerek tüm ülkelere öneren uluslararası ya da devlet dışı örgütlerin belgelerinde yer alan piyasacı ilkeler çerçevesinde kalmış olacağı varsayılabilir.

### ***Tazminatta piyasacı ilkeler***

Eksik imtiyaz (kamu – özel ortaklığı) yönteminin, imtiyaz yönteminden temel farkı hizmet yapısı mülkiyetinin özel girişimciye olması ve çekirdek hizmetin idarede kalması, yan hizmetler ile bağlantılı hizmetlerin özel girişimciye devredilmiş olmasıdır. İdare sözleşmeyi sona erdirdikten sonra özel girişimcinin yapı/yapılar üzerindeki mülkiyetini sona erdirir ve o güne kadar yürütmekte olduğu çekirdek kamu hizmetinin yanısıra diğer hizmetleri de üstlenir.

İdarenin özel girişimciye tazminat ödemesinin nedeni idarenin para ödemediği yaptırmış olduğu kamu hizmeti yapılarını almış olması ve özel girişimciyi sözleşme süresi boyunca elde edeceği kardan yoksun bırakmasıdır. Girişimcinin kusuru olmamasına karşın idarenin sözleşmeyi sona erdirdiği durumlarda yani kamu yararına fesih durumlarında ödenecek tazminatın ölçüsü özel girişimciye sözleşme tamamlansaydı elde edebileceği geliri sağlamaktır. Tazminatın mülkiyet hakkıyla açıklanabilecek ilk bölümü meşru olmakla birlikte ikinci bölümünün haklı bir dayanağı bulunmamaktadır.

Kamu hizmetinin özel girişimcilere gördürülmesi sözleşmelerindeki erken sona erdirilmesi genel ilkelerle düzenlenmektedir. Sona erdirmeye ve tazminat ilkeleri, kamu özel ortaklığı yöntemini geliştiren ve 2010'un ikinci yarısına kadar yaygın olarak kullanan İngiliz Hukukunda oluşturulmuştur. Bu ilkeler özel örgütlerin ya da uluslararası örgütlerin yazdıkları raporlarında ve uygulama kılavuzlarında standart olarak yer almaktadır. Özel girişimi ve piyasa değerlerini temel alan bu ilkelerin bir bölümü, sağlık alanında kamu özel ortaklığını düzenleyen yasaya girmiştir. Sona erdirmede piyasacı yaklaşıma “çıkışsızlık” ve “caydırıcı tazminat” arayışı egemendir.

**Çıkışsızlık.** Piyasacı ilkelere göre, özel girişimcinin kamu hizmetlerini yürütmekte kusurlu olması durumunda bir düzeltme süresi tanınmalı; bu sürede düzeltme olmazsa bu kez borç verenlere özel girişimcinin yerine sözleşmeye girerek hizmetleri sürdürme olanağı tanınmalıdır. Özel girişimcinin kusuru nedeniyle sona erdirmeye, düzeltme olanakları tanıma zorunluluğu ile güçleştirilmiştir. Amaç, kamu hizmetini özele gördürme ilişkisini ayakta tutmaktır. Temel bir kusur sözkonusu olmalı ve mutlaka çözüm olanağı (*cure period*) tanınmalıdır. Şirketin yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, borç verenlerin onun yerini alarak yükümlülükleri yerine getirmeleri olanağı tanınmalıdır. Bu olanaklara karşın hizmetin sürdürülememesi nedeniyle devlet sözleşmeyi erken sona erdirirse bu kez de hizmeti kendi üstlenmemeli, yeni bir ihale açarak yeni özel girişimci bulmalıdır. Bu da yapılamaz ya da yapılmazsa hizmetin yürütülmesi için gerekli olan alt işlerin özel girişimcilere sözleşme ile gördürülmesi gerekir. Bu ilkelere göre bir kez eksik imtiyaza verilen kamu hizmetini özel kesime gördürmemek olanaksız gibidir. Özel girişimcinin kusuru nedeniyle erken sona erdirmeye durumunda, idarenin, işi yeniden ihaleye açması, yeni bir özel girişimci bulması önerilmektedir. İdare sözleşmeyi sona erdirdikten sonra işi yeniden başka bir özel girişimciye vermese bile hizmetin yürütülmesi için gerekli olan alt işlerin özel girişimcilere sözleşme ile gördürülmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

**Caydırıcı tazminat.** Piyasacı ilkeler, kamu hizmetini özel girişimciye gördürme kararı alındıktan sonra, devletin bundan vazgeçmesini olanaksızlaştıracak bir tazminat hesabı yapmaktadır. Bu anlayışa göre, sözleşme konusu kamu hizmetine ilişkin siyaset değiştiğinde ya da bu biçimde hizmet üretmek olanaksız duruma geldiğinde devlet sözleşmeyi sona erdirirse özel girişimcilere

sanki sözleşme sürmekteymiş gibi tüm gelecek kazancı tazminat olarak ödenmelidir. Çıkışsızlık ve caydırıcı tazminat anlayışı, özel mülkiyetin ve sözleşme özgürlüğünün kamu hukuku ile sınırlanmamış eski anlayışına dayanmaktadır.

İdare, eksik imtiyaz sözleşmesini erken sona erdirdiği için özel girişimcinin tüm zararını gidermek zorundadır. İlke, sözleşme erken sona erdiğinde özel girişimcinin sözleşmenin tamamlanacağı duruma göre ne daha iyi ne de daha kötü olmasıdır. Erken sona erdirmeye durumunda özel girişimciye sözleşme süresini tamamlamış olsaydı kazancı ne olacaksa o verilmelidir. Bu durumda, özel girişimci şunları almayı bekler:

- Projeyi finanse etmek için harcadığı özsermaye ve borçlar
- Erken sona erme nedeniyle katlanması gereken masraflar.
  - o Finansman (borçlanma) sözleşmelerinden kaynaklanan
  - o Proje sözleşmelerinden kaynaklanan
  - o İşçilere ödenmesi gereken tazminatlardan kaynaklanan.
- Kalan süre için öngörülen özsermaye karlılığı

Tazminatta alt sorunlar da bulunmaktadır. Alt sözleşmecilerin tazminatı, alt ve ara finansmana ilişkin değerlendirme, sona erdirmeye tarihindeki hesaplarda bulunan paraların durumu, sigortanın durumu, fesih tarihindeki güncel değer hesaplanırken kullanılacak indirim oranı vb.

Bu giderim öğeleri iki grupta toplanabilir. *Damnum emergens* o güne kadar yapılmış harcamaların karşılığı olan tazminattır, *lucrum cessans* ise mahrum kalınan karın tazminatıdır. Sözleşmeden kaynaklanan zararların toplamı genellikle bu iki öğenin toplamından oluşur.

Mahrum kalınacak gelir gelecekte oluşacak gelirdir. Geleceğin belirlenmesinde temel dayanak sözleşme hükümleridir. Bunun dışında sözleşme sona erdirildiğinde henüz tesis kuruluşu bitmemiş olsa bile sözleşmede alım güvenceleri verilmiş olmasının mahrum kalınacak karın hesaplanması için yeterli bir temel sayılmaktadır. Sözleşmenin erken sona erdirildiği tarihte şirket tarafından sözleşmede öngörülen gerekli yatırımın yapılmış olması da gelecek karlarının kesinliğini artırmaktadır. Yatırımcının benzer projelerdeki deneyimi de gelecek karına ilişkin ölçüt olabilir. Mahrum kaldığı gelir hesaplanmaya çalışıldığı gibi kaçırıldığı fırsatın maliyeti de (*opportunity costs*) hesaplanır. Kaçan ticari fırsatlar (kaçan iş olanakları) için tazminata hükmedebilmektedir. Mahrum kalınan kar tazminatının bir türü olarak kaçan fırsatlar da tazmin edilir.

Tazminatın kapsamı kadar hangi yöntemle hesaplanacağı da önemlidir. Yöntemler birbirinden çok farklıdır ve seçişe ilişkin zorlayıcı bir değer de yoktur. Özel girişimcilerin bakış açısına göre, tazminatın hesaplanmasında hangi yöntemin kullanılacağı belirlenirken devletin erken sona erdirmesini mali olarak teşvik etmeyecek hesaplama yöntemleri seçilmelidir. Özel girişimci bakışı, net aktif akışı yönteminin seçilmesini önermektedir.

Mahrum kalınan kar için İndirgenmiş nakit akışı (DCF) dışında da yöntemler kullanılmaktadır. Benzer sözleşmelerdeki karların incelenmesi, defter değerinin hesaplanması ve o güne kadar yapılan yatırımdan yola çıkılması diğer hesaplama yöntemleridir. Bununla birlikte iş ve para çevrelerinde İndirgenmiş nakit akışı (DCF) yöntemi genel kabul görmektedir. Gelecekteki karın günümüzdeki değeri hesaplanmakta böylelikle adil piyasa değeri (fair market value) bulunduğu düşünülmektedir. Bununla birlikte tahkim heyetleri piyasa değeri saptamanın olanaksızlığı, veri eksikliği ya da daha öznel nedenlerle DCF yöntemini kullanmayabilmektedir.

***Yapılmamış hizmete para ödemek haklı değildir***

İdarenin özel girişimciye tazminat ödemesinin nedeni idarenin para ödemediği yaptırmış olduğu kamu hizmeti yapılarını almış olması ve özel girişimciyi sözleşme süresi boyunca elde edeceği kardan yoksun bırakmasıdır. Tazminatın mülkiyet hakkıyla açıklanabilecek ilk bölümü meşru olmakla birlikte ikinci bölümünün meşru bir dayanağı bulunmamaktadır.

Tazminat ödenmesinin nedeni idarenin sözleşmeyi sona erdirdiğinde haksız yere zenginleşmesini engellemektir. Tersine de doğru olabilir, zaman içinde sözleşme konusu kamu hizmetinin yürütülüş biçiminin değiştirilmesinin zorunlu duruma gelmesine karşın ağır tazminat yükleri nedeniyle kamunun bu ilişkiye katlanması durumunda sözleşme sürünce, özel girişimci ve paydaşlarının kamunun parasıyla haksız biçimde zenginleşmeleri sonucunu doğurur. Devletin örgütlenmesi, kamu hizmetinin örgütlenmesi, hizmet kullanıcılarının durumu, alım gücü vb. değişmesine karşın sözleşmenin sürdürülmesi haksız toplanan ya da destekle tamamlanan kamu parasının özel mülkiyete aktarılmasıdır.

Kamu hizmeti, özel girişim özgürlüğü alanının yani piyasanın değildir. Kamu hizmeti piyasanın temel işleyiş kurallarından devlet tarafından belirli oranda farklılaştırılarak üstlenilmiş olan mal ve hizmet üretimidir. Hizmet devlet tarafından üstlenilmiş olduğu için bir kamu hizmetidir. Kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan hizmet binasının, içindeki araç gerecin ve örgütlenmenin özel girişimci tarafından kurulmuş olması onun kamu hizmeti niteliğini değiştirmez. İdare sözleşmeyi sona erdirince bunlar da bedeli ödenerek kamuya geçer; özel girişimci yapmış oldukları masrafların karşılığını alır, kamu bina ve araç gerece bedelsiz elkoymaz.

Özel girişimci devletten imtiyaz ya da eksik imtiyaz almayı bildiği gibi devletin bunu sona erdirebileceğini de bilmelidir. Her ikisi de siyasi karardır. Devletten imtiyaz ve eksik imtiyaz almak da piyasa kurallarıyla işlemeyen ve açıklanamayan siyasi kararlardır. Özel girişimciler siyasi kararlarla alınacak piyasa dışı ayrıcalıklara sahip olmak karşılığında siyasi riskleri de üstlenirler. Özel girişimcinin devletten elde ettiği imtiyaz ya da eksik imtiyaz, piyasadaki eşit ve özgür ilişkilerin, serbest ticaret ve rekabetin sonucu elde edilen ve devletten koruması beklenen saf özel mülkiyet ve sözleşme kapsamında değerlendirilebilecek kazanımlar değildir, siyasi imtiyazlardır. İmtiyaz ve eksik imtiyaz sahipleri, piyasa mekanizmalarının tanımadığı kar güvencelerini siyasi kararlarla elde etmişlerdir. Piyasa risklerini alan girişimciler karşısındaki onların sahip olmadığı siyasi kar güvencelerine sahip olmalarının meşruluğunu, onların taşıdığı piyasa risklerine benzer biçimde siyasi riskleri taşımaları sağlayabilir.

İmtiyazcı ya da eksik imtiyazcı hizmetin sahibi değildir. Sözleşme süresinin sahibi değildir. Kamu hizmetini üretmek üzere kendisine imtiyaz verilen özel girişimci siyasi zamanın sahibi değildir. Siyasi zaman, demokratik siyasi temsil ile kurulur, kesilir ve yenilenir; sözleşme ile özel girişimciye satılamaz, onun özel mülkiyetine bırakılamaz. Kamu hizmeti imtiyazlarından yararlanan özel girişimciler, siyasi zamanın sürekliliğini ve değişirliğini karşısında sözleşmelerinin sürmesini ya da sürmeyen dönemin sürmüş gibi tazmin edilmesini değil ancak mülkiyetindeki gerçekleşmiş ve gerçek eksilme için güven isteyebilirler.

### **III. Kamu hizmetinin hukuksal rejimi**

#### **A. İlke Hukuk: Kamu Hukuku**

Devletçe piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda bağışık kılınarak üstlenilmiş olan kamu hizmetlerinin örgütleniş, üretiliş, işleyiş ve yararlanılışının hukuksal biçimi de piyasanın ortak hukuku olan özel hukuktan farklı olarak kamu hukukudur. Kamu hizmeti idari işlem ve eylemlerle örgütlenir, üretilir ve sunulur. Kamu hizmetinin piyasanın işleyiş kurallarından farklılaşan kamu hukukuyla değil de özel hukuk ile düzenlenebilmesi için anayasaya uygun yasal yetkilendirme bulunması gerekir.

İlke hukuk kavramı bizi, saf hukuksal rejim arayışından kurtarır. İdari örgütlenme, kamu parası harcanması, kamu personeli çalıştırılması, kullanıcılardan para alınması idarenin yasal yetkilendirilmesiyle, yasal yetkilerini kullanmasıyla gerçekleştirildiğine göre kamu hizmetlerinde ilke hukuk kamu hukukudur. Yasal yetkilendirilme zorunluluğu gerçek ve tüzelkişilerin özel hukuktaki genel ehliyetli olma durumunun tersidir.

Kamu hizmeti, idari işlem ve eylemlerle örgütlenir.

Kamu hizmeti örgütünün, saf biçimde özel hukuk biçimiyle örneğin bir şirket olarak örgütlenmesi durumunda da tüm kuruluş kararı yasada, yasamsıda ya da yasal yetkilendirme ile idari işlemlerde bulundur. İdarenin bir kamu hizmetini ticari işletme biçimleriyle örgütlemesi, o alanda özel mülkiyet, girişim ve sözleşme özgürlüğüne bir sınırlamadır ancak açık yasal yetkilendirme ve ona dayanan idari işlemlerle gerçekleştirilebilir. Burada kullanılacak işgücü de kamu görevlisi de olsa işçi de olsa kamu hizmetine girme hakkı kapsamındadır, işverenin özgür seçimine bağlı değildir. Üretim etkinliğinin piyasa ilkeleriyle düzenlemeye çalışıldığı durumlarda da örneğin kar, ticari kar olarak değil, kamu verimliğinin ölçütü olarak kullanılabilir. Ticari işletme biçiminde örgütlenen ve ticari işletme ilkeleriyle yönetilen bir kamu hizmetinde de kamu mali sorumluluğuna ilişkin ilkeler geçerlidir. Hukuksal biçimleri büyük oranda özel hukuk (sözleşme hukuku) ile oluşan kamu hizmeti örgütlenmelerine de kamu görevleri yüklenebilir, oluşan zararlar genel bütçe gelirlerinden karşılanabilir.

Kamu hizmetinde özel hukuk ne denli kullanılırsa kullanılsın, onu piyasanın işleyiş kurallarından bağımsız kılacak derece bir kamu hukuku da uygulanır.

Tüm yönleriyle özel hukuk kurallarına bağlı olan bir mal ve hizmet üretimi, anayasanın mülkiyet hakkı, girişim ve sözleşme özgürlüğüne aykırı olur, tasfiye edilmelidir.

Kamu hizmetlerinin ilke hukuku, idare hukukudur. Özel hukuk biçimlerinin kullanıldığı durumlarda da üretilen hizmetin niteliğine uygun düzeltmeler yapılır. Ayrıca özel hukuk biçimleri kullanıldığı durumlarda da özellikle sözleşmelerin temelini oluşturan ya da onları önceleyen idari kararlar bulunabilir.

İdarenin örgütleniş ve işleyişine ilişkin temel bilgiler kamu hizmetinin hukuksal rejimini oluşturur. Bunun dışında kamu hizmetinden yararlanmanın hukuksal biçimi ile özel girişimcilerin kamu hizmeti alanı ile ilişki kurmasının hukuksal biçimi özellik taşır.

Kamu hizmetinin hukuksal rejiminin ilke hukukunun kamu hukuku olmasının önemli bir sonucu da idari denetiminin işletilebilmesidir. Kamu hukukunun uygulandığı ilişkilere yönelik hukuka aykırılık savları idari yargıda dava edilir. İdari yargının, özel (ortak: piyasa) hukuk uyuşmazlıklarının yargıcı olan adli yargıdan temel farkı, kamu hukuku niteliği olan uyuşmazlıklarda üçüncü kişilerin, dava açabilmesi, yargıyı harekete geçirebilmesidir.

### ***Hukuki rejimin özelleştirilmesi. Sınai ve ticari kamu hizmetleri ve özel yürütüm***

Piyasanın yöntemleri ve özel hukukun piyasacı kurallarının kamu hizmetlerinin örgütlenmesinde kullanılması bu hizmetlerin hukuksal rejimini özelleştirir. Hukuksal rejimin özelleştirilmesinin temel nedeni, geçtiğimiz yüzyıl başında devletin işlevlerini genişleterek piyasadakine benzer pek çok faaliyeti üstlenip kamu hizmeti alanına dahil etmesi olmuştur. Bunların büyük bir bölümünü anlatmak üzere sınai ve ticari kamu hizmetleri terimi kullanılmaktadır. Türkiye hukuk sisteminde bu kategorinin en geniş altgrubunu kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT'ler) oluşturmaktaydı. Örneğin, devlet çelik ürettiyordu. Bu tip mal ve hizmetlerin üretimi için piyasadakilere benzer üretim örgütlenmesi gerçekleştirilmiştir. Şirketler kurulmuştur. İşgücü, iş akdiyle karşılanmıştır. Ticari kredilere başvurulmuştur. Faaliyette basit alım satım ilişkileri ağırlık taşımıştır. Bununla

birlikte, karar alma, yönetim, denetleme ve büyük ölçekli kamusal finansman için kamu hukuku rejimi varlığını sürdürmüştür.

Hukuksal rejimin özelleştirilmesinin temel yöntemi olan sınai ve ticari kamu hizmetleri uygulamasının yanısıra yine bu sonucu doğurmak üzere türünü ve niteliğine bakılmaksızın kamu hizmetleri için piyasa üretim ve örgütlenme tekniklerine başvurulmaktadır. Bu durumu anlatmak üzere de özel yürütüm terimi kullanılmaktadır. Kamu hizmetlerinin üretiminin örgütlenmesinde (örgüt, üretim teknikleri, makine ve hizmet tekniği ile işgücünün birleştirilmesinde) kamusal yürütüm ile özel yürütüm arasında seçim yapılabileceği kabul edilmektedir. En geniş anlamıyla, Post-Fordist ve Taylorist tekniklerin, artı değer artırma amacıyla kamu hizmeti üretim sürecine uygulanması özel yürütümdür. İnsan kaynakları yönetimi, performans denetimi, toplam kalite uygulamaları, norm kadro esnekliği vb. biçimlerde karşımıza çıkmaktadır. Üretim sürecini düzenleyen tekniklerin seçiminde ve uygulanmasında, artı değer in ençoklaştırılması ve piyasanın ihtiyaçlarını karşılamak dışında üretimin kamu parası ile siyasal kararlar yapıyor olmasının özellikleri, işgücünün bir kapitalist tarafından çalıştırılmadığı ve üretimin de sermaye birikimi (P-M-P) hedefiyle yapılmadığı akılda tutulduğunda kamusal yürütüm yaratılabilecektir.

Bu sınai ve ticari kamu hizmetleri ortaya çıkınca, devletin klasik ve egemenlik yetkisinden kaynaklanan işlevlerini yerine getirmek için örgütleyip ürettiği kamu hizmetlerini anlatmak üzere idari kamu hizmetleri terimi geliştirilmiştir. (Kamu hizmetleri tasnifi çeşitlendirilebilir. İdari kamu hizmetlerini de sosyal kamu hizmetleri, kültürel kamu hizmetleri, bilimsel kamu hizmetleri vb. alt türlere ayırabiliriz.)

#### ***Kamu hizmetinden yararlanma sözleşmeleri***

Kişilerin kamu hizmetinden yararlanması, herhangi bir istemde bulunmadan idarenin sunduğu hizmetlerden yararlanmak, kamu hizmetiyle kendiliğinden karşılaşmak ya da yararlanma isteminin idarece karşılanması biçiminde olabilir. Kişinin istemde bulunması bir dilekçedir; istemler idareye, özellikle bilgisayar uygulamaları sayesinde çok farklı biçimlerde ulaştırılır. Dilek yasal koşulları taşıyorsa idare yükümlülüğünü yerine getirerek kişinin hizmetten yararlanmasını sağlar.

İstem üzerine sunulan veya doğrudan yararlanılan hizmetler dışında, özellikle yararlanılması para ödeme koşuluna bağlanan hizmetlerden yararlanma, idare ile sözleşme biçiminde hukuksal ilişki kurma koşuluna bağlanmıştır. Yararlanılması para ödeme koşuluna bağlanan kamu hizmetlerinin büyük çoğunluğu özelleştirilmiş, özel girişimcilerin veya özel girişimcilere benzetilen idarelerin kar sağlamak amacıyla ürettiği ve sattığı kamu hizmetleri olmuştur.

Para ödeme koşuluna bağlı olan ve sözleşme biçiminde olduğu kabul edilen yararlanmalarda yalnızca kişinin icapta bulunması aşamasında bir sözleşme serbestliğinden söz edilebilir. Bunun dışında hizmetten yararlanma ilişkisinin hiçbir noktasında gerek kullanıcının ve gerekse sunucunun irade özgürlüğü bulunmamaktadır. Kentte yaşayan bir kişinin, konutuna su bağlatmama, elektrik bağlatmama, gaz bağlatmama, toplu taşıma kullanmama konusunda özgür olduğunu söylemek olanaklı değildir.

*Kamu hizmetinden yararlanma sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri olduğu kabul edilse bile özel hukuk sistemi içinde bunlar tipik sözleşmeler olarak kabul edilmemektedir. Kamu hizmetinden yararlanma sözleşmeleri, borçlar hukukunun (aslında tüm özel hukukun) temeli olan irade özgürlüğünün zayıfladığı, gerçek anlamda var olup olmadığının tartışıldığı sözleşme yapma zorunluluğu, genel işlem şartları, katılmalı sözleşmeler, tüketici sözleşmeleri vb. başlıkları altında değerlendirilmektedir. Tuhaf bir çelişki olarak idare hukukçuları kamu hizmetinden yararlanma sözleşmelerinin özel hukuktan farklılaşan yönlerini görmek yerine bunları sırf özel hukuktaki bir*

tiye (katılmalı sözleşmelere, abonman sözleşmelerine) benziyor diye özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelemektedirler.

Piyasa ilişkileri alanındaki büyük şirketlerin kullanıcılar karşısındaki üstünlüğünün, sözleşme hukukunda irade özgürlüğünü ve sözleşme serbestliğini farklılaştırdığı, tarafların iradesinden bağımsız ve emredici hükümleri genişlemiş bir tüketici hukuku tarafından düzenlenen sözleşme olarak adlandırılması güç olan yeni sözleşme tipleri (katılmalı sözleşmeler [iltihaki akitler, abonman sözleşmeleri], tüketici sözleşmeleri) ortaya çıktığı gerçeği karşısında idarenin, kamu hizmeti kullanıcısı ile kurduğu ilişkiyi saf bir özel hukuk sözleşmesi saymak hukuk sistemiyle çelişiktir.

Kamu hizmetinden yararlanma ilişkisini kuran işlem sözleşme biçimi taşısa da borçlar hukukunun sözleşme özgürlüğüne dayanılarak oluşturulmuş sözleşmeler veya izleyen sözleşmeleri oluşturmakta kullanılacak genel işlem şartları söz konusu değildir. Genel işlem şartları, bankalarla yaptığımız kredi sözleşmeleri örneğinde olduğu gibi, taraflardan birisi tarafından hazırlanan ve karşı tarafın üzerinde değişiklik yapma olanağına sahip olmadan kabul edip etmeme seçeneği karşısında bulunduğu sözleşme hükümleridir. Bu özelliği ile kamu hizmetinden yararlanma sözleşmelerinde idarenin koşulları tek yanlı olarak oluşturmaya benzeyebilir. Ancak benzerlik görünüştedir. İdarenin ürettiği kamu hizmetlerinden yararlanma sözleşmelerinin, benzetmeyi sürdürecekseniz, genel işlem şartları, idarenin serbest iradesi ile oluşmaz. Doğrudan yasa ile belirlenebilir veya yasadaki kurallara uygun olarak idarenin kuralkoyucu işlemleri ile oluşturulur ve oluşumundaki serbestlik uyulması gereken kurallar ve kamu hizmeti ilkeleri nedeniyle bir bankanın özel hukuktaki emredici hükümlere uymak zorunda olmasıyla kıyaslanamayacak kadar sınırlıdır. Bunun dışında, kamu hizmetinden yararlanma sözleşmelerinin hukuki rejimini, çoğunlukla kullanıcının kabul ettiği sözleşme metni düzenlemez veya sınırlı biçimde düzenler. Özel hukuktaki genel işlem şartlarına dayanan sözleşmelerde ise kurulan ilişkinin hukuki rejimi öncelikle ve neredeyse tamamen sözleşme metinlerinde düzenlenir.

Ortaya çıkan ilişkinin kamu hizmetinden yararlanma olduğunu, istemde bulunan bir hak öznesi olduğunu ve istemi karşılayanın ise yükümlülük yerine getiren idare olduğunu vurgulayan bir idari sözleşme tipi olarak *kamu hizmetinden yararlanma sözleşmeleri* söz konusudur. Kamu hizmetinden yararlanma sözleşmelerinin hukuki rejimini, Borçlar Kanununun genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri, tüketicinin korunması mevzuatının tüketiciyi koruyan hükümleri ve daha önemlisi idarenin veya idareden hizmeti almış özel girişimcinin kamu hizmeti üretimine ilişkin yasal ve ilkesel yükümlülükleri oluşturur.

Kamu hizmetinden yararlanmada ilişkiyi kuran işlem ve ilişkinin içeriği kamu hukuku ile düzenlenir. Bu nedenle sözleşme ile bağlantılı işlemler, sorumluluk hukuku, denetim, yararlandırmadan kaçınma vb. konular idare hukukuyla değerlendirilir. İdari rejimin yanı sıra, borçlar hukukunun genel işlem şartları konusunda getirdiği koruyucu düzenlemeler ve güçlü biçimde gelişen tüketici hukukunun ilkeleri *uyduğu ve uydurulabildiği oranda* kamu hizmetinden yararlanma sözleşmelerine de uygulanabilir. İdarenin, idare hukukçularının, idari yargının ve kamu hizmetinden edineceği yararı korumaya çalışan kişinin Borçlar Kanunun emredici hükümlerinden, kamu düzenine ilişkin hükümlerinden, tüketici mevzuatının koruyucu hükümlerinden kamu hukuku ile bağdaştığı oranda yararlanmasına bir engel bulunmamaktadır.

## **B. Piyasa ile sözleşme ilişkisinde ilke: İdari Sözleşme**

Bir kamu hizmeti örgütlenmesinin diğer idarelerle ve kullanıcılarla kurduğu ilişki dışında kamu hizmeti alanına, idarenin kamu hizmeti üretebilmesi için gereksindiği mal ve hizmetleri satmak ya da doğrudan doğruya kamu hizmeti üretimi yapmak için giren özel girişimcilerle olan ilişkileri büyük çoğunlukla sözleşme biçimini kullanır.



İdarenin kamu hizmeti üretimi için gerekli olan mal ve hizmetleri piyasadan satın alması ya da doğrudan doğruya kamu hizmeti üretimi için özel girişimcileri kamu hizmeti alanına sokması, girişimcinin rızasına dayanan bir sözleşme biçimiyle olur.

Olağanüstü hallerde özel girişimcilere kamuya mal ve hizmet sağlaması konusunda idarece yükümlülük getirilebilmesi (istimval, rekizisyon) geçici ve ender rastlanan bir durumdur.

Kamu hizmetinin özel girişimciye gördürülmesi için kullanılan izin, ruhsat ve lisans (-ki hepsi izin anlamına gelir) idarenin tek yanlı işlemi olmakla birlikte bu işlemlere idare ile özel girişimci arasında yapılan bir sözleşme eşlik eder. Ruhsat (izin, lisans), idarenin kişilerin kamu düzenine olumsuz etkisi olabilecek hak ve özgürlük kullanımlarının (etkinliklerinin) yasalarca izne bağlandığı durumlarda, kendisine başvuranlara etkinliğin kamu düzeni üzerindeki etkisini değerlendirerek verdiği “yapabilirsin” statüsünü, iznini anlatır. Kamu düzeniyle ilişkisi oranında geçicidir, alacak hakkı, mülkiyet hakkı gibi nisbi ya da mutlak hak yaratmaz. Kamu düzenin gerekleri doğrultusunda, öngörülebilirlik ve hukuk güvenliğini koruyacak geçiş düzenekleriyle kaldırılabilir, sabitlenmiş statü (kazanılmış hak) yaratmaz. Ruhsatın düzenlediği alan kişiler arası ilişkiler alanıdır, piyasa alanıdır; kamu hizmeti alanı değil. Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında serbestlik, bildirim ve izin sistemi bulunur. Ruhsat (izin, lisans) bu bağlamda yer alır. Bir etkinliğin, ruhsata bağlı olması onun girişim özgürlüğü alanında bulunduğunu gösterir. Ruhsat, kamu hizmetinin özel girişimcilere gördürülmesinde kullanılabilecek bir biçim değildir. Ruhsatın tek yanlı ve kamu düzeniyle bağlantılı bir ilişki olması nedeniyle kamu hizmetinin özel girişimcilere gördürülmesinde kullandığı durumlarda girişimcinin çıkarlarını korumak üzere bir sözleşme de yapılır; gerçekte kurulan bir sözleşme ilişkisidir.

***Kamu hizmetlerinin özel girişimcilere gördürülmesinde temel biçim sözleşmedir.***

Bir kamu hizmetinin, idarece kendi araç gereci ve personeli ile örgütlenip üretilmesi yerine özel girişimcilere yaptırılması, özel girişimciler için piyasanın işleyiş kurallarından devletçe belli oranda bağışık kılınmış bir alanda genellikle kamu ödemeleriyle de desteklenen güvenceli karlarla iş yapma olanağı sağlar. Bu nedenle idare, kamu hizmetlerini piyasaya gördürmesi konusunda özel girişimcilerce yönlendirilir. Aynı ideolojik bakışı ve genellikle de aynı ekonomik çıkarları paylaşan yönetimbilimciler, iktisatçılar ve hukukçularca da kuramsal olarak desteklenirler. Kamu hizmetlerinin özel girişimcilere çeşitli yöntemlerle gördürülmesi konusundaki inisiyatif idareden çok ulusal ve uluslararası yatırımcılardan gelir, özel girişimcilerle önerilen işler idarenin “proje”lerine dönüştürülür. Üretim yapacak girişimcilere mutlaka uluslararası mali sermaye eşlik eder.

Kamu hizmetleri alanına giren özel girişimciler idare ile kuracakları ilişkinin mülkiyet hakkına ve sözleşmeden doğan haklara dayanmasını, mülkiyet hakkını herkese karşı savunabilmeyi ve sözleşme ilişkisine de kimsenin karışmamasını isterler. Kamu hukukunun, devletin anayasal kuruluşundan, temel hak ve özgürlüklerden, kamu hizmetlerinden, vergilendirmeden, kamu mallarından kaynaklanan yasal kurallı durum (statü) hukuku, mülkiyet hakkı üzerine getirdiği kısıtlar ve sözleşmeye tarafları dışındaki ilgililerin de karışması olanağı nedeniyle kamu hizmeti alanında iş görecektir özel girişimciler için elverişli görülmez. Mutlak hak olarak mülkiyet ve nisbi/şahsi haklar doğuran sözleşme ile kamu hizmeti üretme ayrıcalığını kendi sahipliklerine almak isterler. Bu nedenle başka ülkelerdekilere benzer biçimde Türk hukukunda da büyük bir çatışma ve bunun sonucu bir dönüşüm yaşanmıştır. Mevzu hukuktaki (konulmuş hukuktaki) değişikliklerden daha önemlisi hukukçu kadrolarındaki kuramsal ve daha belirgin olarak ideolojik dönüşümdür. Anayasadaki ve yasalardaki değişiklikler, tüm çabalara karşın kamu hizmetinin özel girişimcilere gördürülmesindeki kamu hukuku rejimini ortadan kaldıramamıştır. Ancak özellikle üniversitede ders veren hukukçular ve elbette yargıçlar, kamu karşısında piyasa üstünlüğü

bilinçsizce içselleştirmiş olduklarından yorum olanaklarını yitirmiş durumdadırlar. Küreselleşmeci neoliberalizmin sona ermiş olduğundan henüz habersiz olanlar hukukçuların, kamunun geri dönüşünü Türkiye'nin 2020 ekonomik krizinden sonra yavaş yavaş anlayacakları umulabilir. Bunun için elbette merkez kapitalist ülkelerde devletin geri dönüşünün yönetsel/hukuksal kuruluşuna ilişkin bilgi üretilmesi, bu düzeneklerin ve bilgilerinin Türkiye'ye ulaşması gerekir. Hukukçulardan gelir kaynakları olan piyasa aktörlerinin çıkarlarından bağımsız görüş üretmeleri beklemek gerçekçi olmaz.

Özel girişimcilerin kamu hizmeti alanına, gerek kamu hizmetinin üretilmesi için gerekli olan mal ve hizmetleri satmak ve gerekse doğrudan doğruya kamu hizmeti üretmek için girmesini sağlayan sözleşmelerin rejimi anayasada düzenlenmiştir.

İdarenin kamu hizmetlerinin üretim ve yürütümüne ilişkin sözleşme yapmasının birinci anayasal ilkesi *sözleşme yetkisinin yasallığı* ya da *sözleşmede yasallık ilkesidir*. İdare, kuruluş (örgüt) ve görevleriyle yasayla düzenlendiğinden (m.123), bir idarenin sorumluluğundaki kamu hizmetinin bütününe özel girişimciye ürettirebilmesi (imtiyaz), bu hizmeti parçalayarak parçalarını özel girişimciye ürettirebilmesi (taşeron) ya da hizmetin üretilmesi için gerekli olan mal ve hizmetlerin özel girişimciden alınabilmesi için bu konuda yasal yetkilendirme gerekir. Bir tüzelkişi olarak idare Medeni Kanun'daki hak ve fiil ehliyetinden yararlanarak kendisine yetki türetemez. İhale yasaları da idarenin sahip olduğu yetkinin kullanılma yöntemini (biçim ögesini) düzenlediğinden ihale yasalarından da piyasa ile ilişkiye geçme yetkisi türetilemez.

***Anayasal Biçimi İdari Sözleşmedir ve Yasayla Özel Hukuk Sözleşmesi Olarak Nitelendirme Olanağı Bulunmaktadır***

İdarenin kamu hizmetlerinin üretim ve yürütümüne ilişkin sözleşme yapmasının ikinci anayasal ilkesi *sözleşmenin idari nitelikte oluşudur*.

**Madde 47/IV:** “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.

**Madde 125/I :** “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir.”

**Madde 155/II :** “Danıştay, davaları görmek, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.”

Anayasa Mahkemesi'nin “niteliği gereği idari olan sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulması olanaksızdır” içtihadına yanıt anayasa değişikliği yapılarak aşılmıştır. 1999 Anayasa değişiklikleriyle “devletleştirme ve özelleştirme” başlığı alan 47. maddenin III. fıkrasına göre, “devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.”

Bu düzenleme ile kamu hizmetini konu alan sözleşmelerin sadece hukuki rejimi değiştirilmek istenmemiş, yargı düzeninde de değişiklik yapma olanağı getirilmiştir. Kamu hizmetini konu alan bir sözleşmenin, yasada özel hukuka tabi bir sözleşme olduğunun belirtilmesi, onun idari sözleşme olmadığı anlamına gelecektir. Bu durumda yapılan sözleşme, görev alanı idari işlem ve sözleşmelerle tanımlanan idari yargının alanı dışında kalacaktır.

İdarenin, sözleşme konusunu düzenleyen hukuksal rejimi dikkate almadan özel hukuk sözleşmeleri ile idari sözleşmeler arasında seçim yapma yetkisi yoktur. İdarenin böyle bir

yetkisinin varlığını kabul etmek idarenin yasallık ilkesinden dilediği zaman kurtulması sonucunu doğurur, zira özel hukuk sözleşmeleri özerk hukuksal rejim yaratır, sözleşme tarafların yasasıdır.

Bu yetki 1999 Anayasa değişikliğine kadar yasakoyucuda da yoktu.

Anayasa Mahkemesi, yasayla yapılan adlandırma veya yargı düzeni kaydırmalarıyla bir sözleşmenin hukuki niteliğinin değiştirilemeyeceğine karar vermektedir. 1999 yılında Anayasanın 47. maddesine “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilir veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmü eklendi.

Anayasanın 47. maddesine göre özel kişiye kamu yatırım ve hizmeti gördürüldüğü zaman üç ölçütün aradığı özellikler tam olsa bile yasakoyucunun sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmesi mümkündür. Bu nedenle bir sözleşmenin idari nitelikte olup olmadığını incelerken tersini kurala bağlayan bir yasa hükmü olup olmadığı da araştırılacaktır.

Yasakoyucuya yalnızca yatırım ve hizmetlerin özel kişilere gördürülmesine ilişkin sözleşmeler konusunda bu yetkinin verilmiş olmasıdır. Bu konular dışındaki sözleşmeler için yasakoyucunun böyle bir yetkisi yoktur. Ayrıca idarenin özel hukuk sözleşmeleri ile idari sözleşmeler arasında seçim yapma olanağı yine de bulunmamaktadır, sözleşmeler ancak yasa ile nitelenebilecektir.

Yasa ile nitelendirilme bulunmaması durumunda kamu hizmeti ölçütü yeterli olabilir. İdarenin bir kamu hizmetini (ve yatırımını) özel kişiye yaptırmasını konu edinen bir sözleşme yasa tarafından açıkça özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmemişse idari sözleşme olacaktır.

Nitelemenin kamu hizmetini (veya yatırımı) özel kişilere gördürme yetkisi veren her yasada özel olarak yapılması gerekir. Bir yasa hükmüyle kamu hizmetini özel kişilere gördürmelerin tümünü veya büyük bir bölümü kapsayacak bir nitelendirme yapılması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olacaktır. İdarenin iki tür sözleşmesi olduğu anayasa kuralına dönüştüğüne göre, anayasanın verdiği iki tür arasında aktarım yapma yetkisinin de anayasaya aykırı düşmeyen nedenlerle kullanılması gerekir.

### ***İhale Mevzuatına Dayanan Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi***

Yatırım ve hizmetleri özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırma olanağı açık yasal düzenleme gerektirir. Anayasa hükmünde “hangilerinin” sözcüğü kullanılmış olmasının da gösterdiği gibi yasayla belirleme açıkça ve tek tek yapılmalıdır. Bu nedenle, idare hukuku kitaplarında içtihadî ve doktriner kaynağı belirsiz olarak yazılan “ihale kanunlarına göre yapılan yapım ve alım sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleridir” savı 1999 değişikliğinden sonra geçerli değildir.

Bu savın mantığında ihale konusu olan yapım ve hizmet alımı işlerinin kamu hizmetinin bütünü/kendisi olmadığı, kamu hizmetinin üretilmesi için gerekli olan mal ve hizmetler olduğu düşüncesi bulunmaktadır. Bu düşünce kısmen doğrudur.

Araç gereç satın almak veya basit yapım işleri temin etmek veya kısa süreli bakım ve tamir hizmetleri satın almak, kamu hizmetinin bütünü (kendisini) üretmek değildir. Bu sözleşmelerin tarafı olan özel girişimci kamu hizmeti üretimine dahil olmaz, anlık ve arızî olarak ihtiyaç karşıladıktan sonra ilişki kesilir. Hizmet ile özel girişimci ilişkisi dışsaldır. Bu sözleşmeleri, özel hukuk sözleşmelerinden farklılaşsalar da uyduğu oranda özel hukuk sözleşmesi olarak kabul etmek ve özel hukuk rejimi ile açıklamakta hizmetin işleyişi açısından bir sakınca olmaz. Buna karşılık, kamu hizmetlerinin üretim örgütlenmesinde kullanılan yeni teknikler kamu hizmetlerinin, bütünü/kendisinin/asli unsurunun neresi olduğunu saptayamaya olanak kalmayacak denli parçalanmasına olanak tanımaktadır. Taşeron yönteminde kamu hizmeti parçalanmakta ve her bir parçanın özel kesime gördürülmesi yöntemine başvurulmaktadır. Bu

durumda özel girişimci kamu hizmetinin bir aktörü olarak hizmet alanının/örgütlenmesinin içine yerleşmektedir. Bu durumda da sözleşme biçimine başvurulmaktadır. Bu sözleşmelerin ihale mevzuatına göre yapılıyor olması, sözleşme konusunun eski durumdan köklü biçimde farklı olduğunu görmemize engel değildir. İhale yasalarına göre yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleridir görüşünün idari gerçekliği açıklayamamasının en önemli nedeni budur. Bunun dışında, 1999 değişikliği de eski savı geçersizleştirmektedir.

Anayasa'nın 47. maddesine "Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilir veya devredilebileceği kanunla belirlenir." hükmü eklenmiştir. Bu hükümde yalnızca hizmetler değil *yatırımlar* da düzenlenmiştir. Yatırımlar, hizmet için gerekli olan tesislere, binalara, altyapıya, üretim araçlarına, genel olarak üretim faktörlerine yapılan harcamalardır. Yol, hizmet binası, altyapı, toplu taşıma için otobüs alımı, büyük çaplı onarım vb. işler yatırımdır. İdare bu tip işleri genellikle özel girişimcilere gördürür. Yatırımların özel girişimcilere gördürülmesi için ihaleler yapar. İhale yalnızca yatırımlar için yapılmaz, birkaç kullanımda tüketilen mal ve hizmetler, yani kamu hizmetinin üretilmesi için ihtiyaç duyulan yan mal ve hizmetlerin piyasadan karşılanması için de ihale yapılır. Demek ki ilk olarak yatırımları konu alan ihaleler ile *cari harcamalar* yapılması sonucunu doğuran ihaleler arasında ayırım yapmak gerekir. Bu ikincileri konu alan ihaleler sonucunda ortaya çıkan sözleşmelerin idari nitelikte olup olmadığını saptayabilmek için kullanılacak ölçüt özel girişimcinin hizmet içine yerleşip yerleşmemesidir.

Yatırımlara ilişkin ihaleler söz konusu olduğunda ise Anayasa'nın 47. maddesi, ihale sonrası ortaya çıkacak sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılabilmesi için yasal nitelendirme yapılması koşulunu getirmiştir. Kamu yatırımlarının özel girişimcilere ürettirilmesi için yapılan ihaleler ve bu ihaleler sonucunda ortaya çıkan sözleşmelere ilişkin 1999 yılına kadar geçerli olan, içtihadî ve doktriner kaynağı belirsiz, ihale mevzuatına göre yapılan sözleşmeler ve yapım işlerini konu alan sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleridir kabulü geçerliliğini yitirmektedir.

İdare yatırım kararı alabilmek ve bunun üretiliş biçimini (kendisi mi yapacak, özel girişimciye mi yaptıracak) seçmek için açık yasal dayanak bulmak zorundadır. Böyle bir açık yasal dayanak bulunduktan sonra, eğer idarenin kararı yatırım konusu işi özel girişimciye ürettirmek yönünde ise, sözleşme yapacağı özel girişimciyi bulabilmek için ihale yapılacaktır. İhale idarenin sözleşme iradesini oluşturma yöntemidir, kamu hukuku yöntemli icaptır. İhale yöntemlerini düzenleyen mevzuat hükümleri çeşitlidir. Bunlar, ihaleye ilişkin bir kodda yer alabileceği gibi, çeşitli hizmetlere ve idarelere ilişkin mevzuatta da bulunabilir. İhale kuralları, yapılacak iş için yetki veren değil, varolan yetki ile alınmış sözleşme yapma kararı üzerine idarenin iradesini oluşturma biçimini gösteren *yöntem* kurallarıdır. Bu nedenle, Anayasanın 47. maddesindeki olanak kullanılarak konulacak "sözleşmenin özel hukuka tabi kılınması" kuralı ancak ilgili kamu hizmetine ilişkin sözleşme yapma yetkisi veren yasada bulunabilir. İhale yöntemlerine tabi olarak çok sayıda yatırım (veya hizmet) özel girişimciye ürettirilecektir, tüm bunları kapsayacak biçimde ihale mevzuatına sözleşmenin özel hukuka tabi olduğuna ilişkin kural konulamaz; bu kuralın yatırım ve hizmeti ve bunun idaresini düzenleyen yasada yer alması gerekir. Sözleşmenin hukuki rejimi, idarenin yürütmekle yükümlü kamu hizmetinin (ve yatırımın) hukuki rejimine de etki edeceği için her hizmetin (ve yatırımın) ilgili yasasında düzenlenmesi gerekir.

Ayrıca ihale yasalarında sözleşmenin niteliğine ilişkin bir hükme yer verilmek isteniyorsa bunun biçimi tüm ihale konularını kapsayan bir hüküm yazmak biçiminde olamaz, anayasa "yatırım ve hizmetlerden hangilerinin ..." kalıbını kullanmaktadır, yani sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğunu düzenleyen hükmün belirgin bir yatırım veya hizmet için yazılması gerekmektedir.

Örneğin bir kamu inşaat yatırımı olan sözleşmenin sırf ihale yapıldığı için özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri ( tarafların eşit hak ve yükümlülükler e sahip oldukları, bu yasalarda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacak olması) Anayasa'nın 47. maddesinin "yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilceğı veya devredilebileceğı kanunla belirlenir." hükmündeki belirleme niteliğinde değildir.

Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu çerçevesinde çok çeşitli kamu hizmet ve yatırımlarına ilişkin binlerce, on binlerce ihale ve sözleşme yapılabilir. Aktardığımız hükümlerle tüm bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılması mümkün değildir.

Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan tüm sözleşmeleri özel hukuka tabi kılan hükümlerin Anayasanın 47. maddesine aykırı olmaması için bu hükümlerin, sözleşme konusu hizmet veya yatırımın tarafların tasarrufunda olabilecek yönlerine ilişkin değerlendirme ilkeleri getirdiğinin kabul edilmesi gerekir. Sözleşme konusu hizmet veya yatırıma ilişkin kurallar, örneğ in, okul binası yaptıran bakanlığın bu yatırım için tabi olduğı kurallar tarafların tasarruf alanı dışındadır. Gerek hizmet ve yatırımları düzenleyen kurallar ve gerekse sözleşme konusuna ilişkin şartnameler, biçimsel olarak sözleşmenin dışında yer almakla birlikte sözleşme konusu olan mal ve hizmet üretiminin hukuki rejimini sözleşme kuralları ile birlikte düzenler.

İhale sözleşmelerinde tarafların eşit hak ve yükümlülükler e sahip olduğı hükmü, sözleşmeci idarenin sözleşme konusu hizmete ilişkin yasal yetki ve yükümlülüklerinden sözleşmeye hükümler koyarak kurtulabilmesi sonucunu doğuramaz. İhale yasasındaki eşitlik ilkesi sözleşmeyi, sözleşme konusundan ve Anayasanın 47. maddesinden bağımsız olarak özel hukuk sözleşmesi yapamaz. Tarafların eşitliği ilkesi, sözleşme konusu olan yatırım ve hizmeti düzenleyen hukuksal rejimden bağımsız olarak tarafların üzerinde tasarruf edebileceğı konular için geçerlidir. Tarafların eşit olabileceğı noktalardan birisi mali hükümlerdir, ancak burada bile eşik ve limit değerler gibi sınırlamalar bulunabilir.

İhale yasalarına göre yapılan sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğı görüşü için ileri sürülen savlardan bir diğeri, kamu hizmetinin ihtiyaç duyduğı mal ve hizmetlerin (yatırım ve hizmetlerin) özel girişimlere ürettirilmesine ilişkin sözleşmelerde özel girişimciye yapılacak ödemenin üretilen hizmeti kullananlardan alınan paralardan oluşmamasıdır. Bu sava göre, özel girişimcinin kamu hizmeti kullanıcılarından para toplamayacak olması, kullanıcıların hizmetten ödeme yaparak yararlanmayacak olmaları, sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi yapmaktadır. Bununla birlikte sözleşmeye idari niteliğini veren kullanıcılardan alınan paralar değildir, özel girişimcinin yapacağı yatırımın maliyetini kamu hizmeti kullanıcılarından alacağı paralarla karşılaması yalnızca idari sözleşme tiplerinden biri imtiyaz sözleşmeleri için kurucu niteliktedir. İmtiyaz sözleşmesinin bir koşulunu tüm idari sözleşmelere genişletmek olanaklı değildir. Sözleşmenin idari nitelik kazanmasının temel koşulu özel kişinin kamu hizmeti üretimine katılmasıdır.

Gelişen yeni yönetim-organizasyon teknikleri sayesinde bir kamu hizmeti üretim birimindeki işler onlarca küçük parçaya bölünebilmektedir. Kamu hizmetinin üretimi için gerekli olan mal ve hizmetler terimi artık yan, ikincil, ayrıntı ve anlık ortaya çıkan işleri oluşturmamaktadır. Kamu hizmetinin bölünerek oluşturulmuş temel parçaları, her yıl yeniden yapılan sözleşmelerle özel girişimci kamu hizmeti örgütünün içine yerleştirilerek ürettirilmektedir. Kamu hizmeti üretim biriminin içine yerleşen özel girişimci bu hizmetin hukuki rejimine tabi olarak hizmet üretmektedir. Sözleşme yalnızca mali hükümleri kapsayacak sınırlılıkta tutulmaya çalışılsa da şartnameleri ve daha önemlisi hizmete ilişkin mevzuatıyla hizmetin sorumlusu idare ile özel girişimci arasında kamu hukukunun düzenlediğı bir hukuksal ilişki ortaya çıkmaktadır. Bu ilişki

“yapılan işin parası doğrudan doğruya kullanıcılardan alınmıyor” denilerek özel hukuk biçim ve ilkeleri ile açıklanamaz. Özel girişimcinin üretimine katıldığı kamu hizmetinin veya kamu hizmeti parçasının niteliğine uygun, kamu hizmetinin hukuksal rejimini koruyucu sözleşme veya şartname hükümleri konulması zorunluluktur.

Özel girişimciye kamu hizmeti (veya yatırımı) ürettirilmesini konu alan ve kamu ihale mevzuatına göre yapılan sözleşmelerde özel girişimciye yapılacak ödemenin kullanıcılardan alınacak paraya dayanmıyor olmasını, bu sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğunun kanıtı olarak gören savı doğru kabul ettiğimizde de bu tip sözleşmelerin büyük çoğunluğunun idari nitelikte olduğunu görebiliriz. Yatırımlar için daha sınırlı biçimde geçerli olsa da kamu hizmeti parçalarının özel girişimcilere ürettirilmesi için yapılan ödemeler genellikle, sözkonusu hizmet kullanıcılarından doğrudan veya dolaylı olarak toplanan paralardan oluşan hesaplardan yapılmaktadır. Örneğin, sağlık hizmetlerine ilişkin yapılan ihalelerin bedelleri döner sermaye hesaplarından ödenmektedir ki döner sermaye gelirleri hizmet kullanıcılarından doğrudan alınan paralardan ve bunlardan daha çok da kullanıcıların üye olduğu sosyal güvenlik birimlerinden yapılan ödemelerden oluşmaktadır. Bunun gibi, üniversitelerde yapılan ihalelerin pek çoğu, temel gelir kalemi öğrenci katkı payları (harçlar) olan birimlerce yapılmaktadır.

Kamu hizmetinin bütününe ya da parçalarını özel girişimcilere gördürmek için yapılan sözleşmeleri ihale mevzuatına göre yapılan basit alım işlerine benzetmek ve kamu hukuku rejimi dışına çıkartmak amacıyla sözleşmenin konusu hizmet alımı olarak değil de işgücü alımı gibi gösterilebilmektedir. Hukukumuzda böyle bir yöntem bulunmamaktadır. Bu bir *yöntem sapmasıdır*. Örneğin, güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi için özel girişimciden hizmet alımı yapılması değil de, özel güvenlik personeli alımı ihalesi yapılmaktadır. Özel girişimciler, işgücü simsarları gibi çalışmakta, idare bu simsarlardan işçi kiralamaktadır. Bu yöntem hukuken sakattır. Kamu hizmetinin üretilmesi için özel şirketlerden ihale ile işgücü satın almak yöntemi kamu hizmetine girme hakkına aykırıdır.

İhale mevzuatına uyularak yapılıyor olması bir sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi sayılabilmesi için ölçüt değildir. Kamu hizmeti veya yatırımının özel girişimciye gördürülmesini konu alan bir sözleşme, yasa ile açıkça tersi belirtilmemişse idari niteliktedir.

***İdari ya da değil, sözleşmeleri önceleyen aşamalar idari işlemlerden oluşur.***

İdarenin sözleşme yapması idari kararlarla gerçekleşir. İdare gerçek kişi değildir. Gerçek kişilerin sözleşme yapma iradelerinin oluşması, dışa yansıdığı ana kadar salt zihni bir süreçtir. Tüzelkişiler sözkonusu olduğunda bu süreç yazıya dökülmek zorundadır. Bunlar organlı yapılar olduklarından ve bu organlara ilişkin yasal ve kurucu metinlerin getirdiği sorumluluk bulunduğundan az da olsa yöntemli ve büyük oranda yazılı karar alma süreci geçirilir. İdare için özel hukuk öznelerinden farklı olarak yasal yetkilendirilme zorunluluğu eklenir. Özel hukukta kişi salt bu niteliği ile sözleşme yapma gücüne (ehliyetine) sahiptir. Bir idari birimin tüzelkişi veya tüzelkişiyi temsilen varlığı, ona sözleşme yapma yetkisi vermez. İdare, kendisini kuran yasa ve yasaaltı kuralların çizdiği alan içinde etkinlikte bulunur. Tüzelkişi olan idarelerin Medeni Kanun ve Borçlar Kanunundaki sözleşme yapma ehliyetine sahip olduğu kabul edilse bile sözleşme serbestisine sahip olduğu kabul edilemez. Kamu hizmetinin örgütlenme biçimini, üretim biçimini, kamu mallarının tasarruf biçimini, kamuda çalışma biçimini, kamu hizmeti kullanıcılarının haklarını etkileyen, yani idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin bütününe ilişkin konularda sözleşme yapmak için idarenin yasa ile açıkça yetkilendirilmiş olması gerekir; özel hukuktaki ehliyet idare için yeterli değildir.

İdare, özel hukuk sözleşmeleri olsun, idari sözleşmeler olsun, idari kararlardan oluşan bir sürecin sonucunda sözleşme kurabilir. İdarenin sözleşmeye varan bütün kararları ve sözleşme ilişkisi

kurulduktan sonraki sözleşmeden ayrılabilen kararları idari niteliktedir. İdarenin sözleşme yapma istemini reddeden kararı da idari niteliktedir.

### ***İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde ayıklama***

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşmenin irasına yabancı hükümler bulunabilir. Bunlar sözleşme içinde yer alsın da kamu hukukuna ilişkin sonuçlar doğurur. Örneğin bir kamu işletmesinin özelleştirilmesine ilişkin satış sözleşmesindeki belli bir süre üretimi sürdürme, belli bir sayıda işçi çalıştırma vb. yükümlülükler alım-satım ve mülkiyete ilişkin sonuçlardan bağımsız kamu yükümlülükleridir. Sözleşmenin özel hukuka tabi olması ancak bu hükümler ayıklanarak söz konusu olur.

Hukuki rejiminin belirlenmesi bakımından kamu hizmeti imtiyazı yönteminin iki temel unsuru vardır. Her şeyden önce bu yöntemle bir kamu hizmeti örgütlenmekte, düzenlenmektedir. İkinci olarak bu yöntemle özel girişimciyle, sözleşme çerçevesinde ilişkiye girilmektedir. Bu iki unsur nedeniyle ortaya çıkan hukuki ilişki de karma nitelik alır. Hizmetin örgütlenme ve işleyiş koşullarına ilişkin hususlar, sözleşmesinin içinde yer alsın veya şartname şeklinde ek olarak ortaya çıksın, akdi değil tanzimi (kuralsal) nitelikte sayılır. Bunun dışında, özel girişimcinin mali haklarına ilişkin bölümler akdi nitelikte kabul edilir. Bu ayrımın önemi, idarenin, kamu hizmetinin işleyiş koşullarına ilişkin tek yanlı değişiklik yapma yetkisini sürdürmesidir. Özel girişimcinin mali haklarını önemli ölçüde etkilemediği sürece bir giderim de gerekmez. Akdi hükümlerin ise idarece tek yanlı olarak değiştirilmesi mümkün değildir.

### ***İdari sözleşmeler, konusu olan kamu hizmetine yönelik sonuçlarıyla hizmetten yararlanan ve etkilenen kişilerin hukuksal müdahalesine açıktır.***

Hizmetten yararlanan veya etkilenenler, bir özel hukuk sözleşmesinin tarafları dışındakileri anlatan *üçüncü kişiler* değildir. Hizmetten yararlanan ve etkilenenler, idari sözleşme konusu kamu hizmetine ilişkin haklarını korumak amacıyla idareden üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesini isteme hakkına sahiptir. Örneğin, sözleşme konusu hizmetin üretiliş biçiminin çevre üzerindeki olumsuz etkilerini sona erdirmek için idarenin yetkilerini kullanmasını isteyen ilgilere idarenin olumsuz yanıt vermesi bir idari işlemdir ve ilgililer bu kararı idari yargı yoluyla denetleyebilirler. İdari sözleşmelerde sözleşmeden kaynaklansın veya mevzuattan kaynaklansın, denetim ve yaptırım yükümlülüğü idarenin üzerinde tasarrufta bulunabileceği yani serbest olduğu bir konu değildir.

İdarenin sözleşme biçimiyle kurduğu hukuksal/iktisadi ilişkilerin idari sayılmasının anlamı, bu ilişkinin kendi çıkarları peşinde koşan iki özgür iradenin uyuşması sonucu oluşan ve üçüncü kişilere kapalı olan bir hukuksal/iktisadi ilişki olmaması; yararı ise ilgililerin hukuksal/siyasal müdahalesine olanak tanınmasıdır.

### ***İdari sözleşmeler ve bunlardan doğan uyuşmazlıklar idari yargıda denetlenir.***

İdari sözleşmeler iptal davası konusu olabilir. İdari yargı denetimine ve özel olarak da iptal davasına konu olmak yönünden idari sözleşmeler ile diğer idari işlemler arasında ayırım yapılmaz.

Sözleşmenin tamamının veya bir hükmünün iptal davasına konu olması mümkündür. İdare ile özel girişimci arasında, sözleşme metnini aşan bir ilişki ağı bulunur; özel girişimcinin, sözleşmecisi idarenin ve diğer idarelerin kararlarından oluşan geniş bir yaşam alanı vardır. Bu bağlamda, sözleşmenin tamamının, sözleşme hükümlerinin, sözleşmeye yönelik kararların ve sözleşmeyi ilgilendiren kararların idari yargı denetimi olanaklıdır.

Sözleşmenin tümünün iptal davasına konu olması mümkündür. İdari sözleşmeler, kamu hizmetinin (üretimi, işgücü veya mallarının kullanımı konularında) örgütlenmesine ilişkin kurallar oluşturan hukuksal işlemlerdir. Özel kişinin, sözleşmeyi kurmadaki rolü, bir haktan

yararlanmak için istemde bulunmaya benzer ve kişinin kurucu iradesi, büyük yatırımlardaki büyük sermaye gurupları dışında, hemen hemen yoktur. Sözleşmenin iptal davasına konu olmasında, özel kişinin iradesinin, doğal yargıcı olmayan bir yargı düzeninde, idari yargı düzeninde yargılanması söz konusu değildir. Kişinin isteminin idarece hukuka uygun olarak karşılanıp karşılanmadığının yargılanmasıdır söz konusu olan. Sözleşme, kişinin değil, bütün olarak idarenin işlemidir. Kişinin sözleşme kurma istemi, bir hakkı kullanma istemidir ve idare tarafından karşılanır. Sözleşmenin, taraflarca serbest irade ile oluşturulduğu kabul edilen mali hükümleri, çalışma hakkının ve mülkiyet hakkının idarece tanınmasını içeren bölümleri dışında, idarece kişiye tanınmış ayrıcalıklardan oluşur.

İdari sözleşmenin hükümleri (maddeleri) de iptal davası konusu olabilir. Sözleşmenin tamamı veya bir kısmı iptal edilebilir. İdari sözleşmeleri değiştiren sözleşmeler de idari sözleşmelerdir sözleşmesidir ve iptal davasının konusu olabilirler. İdari sözleşmelerin idarece feshedilmesi kararı idari da işlem niteliğindedir, idari yargının görev alanındadır.

Kamu hizmetinden yararlanma sözleşmelerinde, idarenin sözleşme konusu hizmetten yararlanma biçimine ilişkin olarak aldığı kararlar, sözleşme ilişkisi üzerinde etki doğursa da kamu hizmetinden yararlanma rejimini tek yanlı etkilediğinden idari niteliktedir. Hizmet karşılığı alınacak parayı (tarifeyi) belirleyen kararlar örnek verilebilir. Tarife belirleyen kararlar uygulayıcı kurallardır (adsız düzenleyici işlemlerdir) ve iptal davasına konu olabilirler.

Mali hükümlere etki eden kararlar idari işlemdir. İdari sözleşmelerden konusu kamu hizmeti üretiminin özel girişimciye devri olanlarda özel girişimcinin gelirine ilişkin tarifelerin düzenlendiği hükümler yer alır. Mali hükümler olarak adlandırılan bu hükümler, kamu hizmetinin yürütülüş biçimine etki ettiği oranda ve söz konusu ise girişimcinin zararını gidermek amacıyla değiştirilebilir. İdarenin sözleşmenin mali hükümlerine ilişkin değişiklik kararlarından doğan uyuşmazlıklar sözleşmenin ihlali olarak kavranarak adli yargıda çözülmez, idari işlem olarak kavranarak idarenin hukuka uygunluk denetimi çerçevesinde idari yargıda denetlenir.

İdare mali hükümleri belirleme konusunda serbest değildir ve mali hükümleri kamu hizmetinin yürütülüş biçimi üzerinde sonuçları olduğu oranda kamu hizmetinin sürekliliği ve uyum ilkeleri gereğince idarenin değiştirme yükümlülüğü doğabilir ve bunun karşılığında da sözleşme dengesinin maddi giderimlerle korunması gerekebilir.

İdarenin sözleşme yapma iradesini oluşturma aşaması ihale olarak adlandırılır ve bir dizi idari işlemten oluşur. İhale aşamasının karmaşıklığı ve uzunluğu yapılmak istenen sözleşme tipine göre farklılık gösterir. Buradaki ihale kavramını sadece Devlet İhale Kanunu'nda belirtilen usul anlamında kullanmıyoruz. İhale, idarenin sözleşme yapma iradesinin ortaya çıkmasında izlenen usulleri ifade etmektedir. Bu nedenle, Devlet İhale Kanunu'nu hükümlerine tabi olmadığı kabul edilen, idarenin serbest seçişle (*intuitu personae*) ortaya çıkan imtiyaz sözleşmelerinde de idareye daha geniş bir seçiş olanağı tanıyan ve özel olarak düzenlenen ihale aşaması vardır. İdarenin sözleşmelerindeki bu ihale aşamasında ortaya çıkan işlemler ayrı idari işlemler olarak, idari yargıda iptal davasına konu edilebilir. İdarenin sözleşme yapma iradesi, sözleşmeden bağımsız olarak, idari iptal davasına konu olabilir.

Sözleşme yapma iradesinin hukuka aykırı biçimde olduğu mahkeme kararıyla saptanarak iptal kararı verilmesi durumunda idarenin, yargı kararını uygulamak için kararda saptanan hukuka aykırılığa göre sözleşme ilişkisini sona erdirmesi ya da yeniden düzenlemesi gerekir.



#### IV. KAMU HİZMETİ İLKELERİ

Kamu hizmetinin ilkeleri, kamu hizmetinin tüm işleyişine egemen olan ona düzen veren en soyut ve temel kurallardır. Kamu hizmetine uygulanan kamu hukuku rejiminin çekirdeğidir. Bu ilkeler az veya çok, her türlü kamu hizmeti için yön verici ve düzenleyici niteliktedir. Kamu hizmeti türleri arasında kamu hizmeti ilkelerine bağlı olmak bakımından bir ayrık olmadığı gibi kamu hizmetinin yürütüm biçimleri de bir ayrıklık yaratmaz. İdarenin kamu hizmetini özel kişilere gördürmesi durumunda kamu hizmeti ilkeleri yine düzenleyici işlevini sürdürmektedir. Hizmetin yürütülüş biçimi, hizmetin bu ilkelere uyma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz ya da değiştirmez.

Kamu hizmeti ilkelerine uyulmaması, idari işlemlerin hukuka aykırılığına ya da idarenin sorumluluğuna neden olur. Kamu hizmeti ilkelerine uyulmaması idari işlemi hukuka aykırı kamu hizmetin, kusurlu duruma getirir. İdarenin sorumluluğunu gerektiren bir hizmet kusuru yaratır.

Kamu hizmetinin varlık nedeni ve niteliğinden kaynaklanan bu ilkeler yargı kararları ile sürekli biçimde hukuksal biçim ve içeriğe kavuşturulmaktadır. Kamu hizmeti ilkelerinin anayasada dayanakları bulunmaktadır. Kamu hizmeti ilkeleri yargı kararlarıyla geliştirilmiş, öğretice sistemleştirilmiştir. Türk hukukunda kamu hizmeti ilkelerinin anayasada da dayanağı bulunur. Kamu hizmetinin ilkelerine uyulmaması hizmet kusuru ve hukuka aykırılık doğurur. İdari yargıcın kullandığı ölçüt normların mevzuatla sınırlı kalmayıp hukukun genel ilkelerine doğru genişlemesinde ve dolayısıyla idare hukukunun içtihat hukuku olarak gelişmesinde, kamu hizmeti ilkeleri önemli işlev görür.

Kamu hizmetleri ilkeleri hizmet üretiminde, sunumunda ve kullanımında uyulması gereken genel kurallardır. Eşitlik, süreklilik, uyum ve meccanilik (parasızlık) ilkeleri kamu hizmetinin ortak hukukudur. Kim tarafından yerine getirilirse getirilsin ve hangi nitelikte (idari, sınai, ticari, bilimsel vb.) olursa olsun tüm kamu hizmetleri bu ilkelere bağlıdır.

##### ***Kamu Hizmeti İlkelerinde Çeşitlenme***

Kamu hizmetleri yönelik olarak, geçerliliği ve faaliyetin kamu hizmeti niteliğini sürdürebilmesi için uygulanmaları gerekliliği kabul edilen temel ortak ilkelere ek olarak *şeffaflık, sorumluluk, yalınlık, ulaşılabilirlik, katılım, uyum ve güvenilirlik* gibi yeni ilkeler ortaya konmaktadır. Kimi yasalarda idarenin kamu hizmetlerini yürütürken dikkate alacağı ilkeler de almaktadır. “Saydamlık, güvenilirlik, eşit muamele, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanımı” gibi yasaların ilke olarak adlandırdığı ölçüler, kamu hizmetinin yeni ilkeleri değil, kamu hizmetinin ilkelerinin çeşitli görünümleridir.

Bunlar kamu hizmetine niteliğini veren temel ilkeler olmaktan çok yeniden yapılanma, yeniden düzenleme kamu hizmetinin işleyişinde oluşmuş klasik yapının dönüştürülmesini yönelik ilkelere. Bununla birlikte özellikle katılıma önem veren yönüyle ön plana çıkan bu ilkeler, kamu hizmeti işleyişinin kamusallaştırılmasının olanakları konusunda önemli bir adımdır. Mantiğına yabancı olan piyasa kurallarına açarak kamu hizmetinin tasfiyesini hedeflemediği ve temel mantığı içinde kaldığı sürece, kamu hizmeti işleyişine getirilecek, kamusal açıklığı, denetimi, hesap vermeyi ve kamusal belirlemeyi sağlayamaya yönelik düzenlemeler önemlidir.

##### **A. Süreklilik İlkesi**

Kamu hizmeti bir toplumsal gereksinimi karşılamak üzere üretilir. Bu nedenle karşılamayı hedeflediği gereksinimin sürekliliğine koşut bir sürekli üretim gerekir. Süreklilik ilkesi hizmetin, karşıladığı toplumsal ihtiyacın sürekliliğine koşut olarak yerine getirilmesi anlatır. Ulusal savunma, kamu düzeninin sağlanması, acil sağlık hizmetleri ve benzeri hizmetlerde *süreklilik* ilkesi *kesintisizlik* biçiminde görülürken diğer hizmetlerde ise *işleyişteki düzenlilik* biçiminde ortaya çıkar.

Süreklilik ile *kesintisizlik* farklı kavramlardır. Süreklilik, kamu hizmetlerinde bir düzenlilik anlamına gelir. Süreklilik ise hizmetin zaman içinde hiçbir ara verilmeden sürdürülmesidir. Ulusal güvenlik, kamu düzeninin sağlanması, itfaiye, acil sağlık hizmetleri, yoğun bakım hizmetleri kesintisiz niteliktedir.

Kamu hizmetinin örgütlenmesinde süreklilik ilkesi yalnızca hizmetin bir zaman dilimi içinde sürmesi anlamına gelmez, yoğunluk da sürekliliği gerekebilir.

Devletin sürekliliği tarihsel bir an için olgudur, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesinin dayanağı olabilecek hukuksal belirliliğe sahip değildir. Anayasa’da süreklilik ilkesinin temellerini bulmak olanaklıdır. Anayasa’nın 128. maddesi “...*kamu hizmetlerinin gerektirdiği ... sürekli görevler*”i temel alan bir düzenleme yapmaktadır.

Kamu hizmetinin süreklilik niteliğini temel alan bu kural dışında devletin işlevlerinde sürekliliği sağlayıcı düzenlemeler de öngörülmüştür. 77. maddenin IV. fıkrasında “Seçimlerinin birlikte yenilenmesine karar verilen Meclisin ve Cumhurbaşkanının yetki ve görevleri, yeni Meclisin ve Cumhurbaşkanının göreve başlamasına kadar devam eder.” Kural ve 102. maddenin VII. fıkrasında “Seçimlerin tamamlanamaması halinde, yenisi göreve başlayınca kadar mevcut Cumhurbaşkanının görevi devam eder.” hükmü yer almaktadır.

İdare hukukunun çeşitli kurumları da bu ilkedan dayanak almaktadır. İdareye yasalarla tek yanlı etkili işlem (icrai işlem) yapabilme yetkisinin verilmiş olması ve buna karşı dava açıldığında da mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilmediği sürece hukuksal etkisini sürdürmesi kamu hizmetlerinin sürekliliği ile açıklanabilir.

Örneğin, Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunu’nun 13. maddesinde yer alan, “*bu Kanuna göre verilmiş kararlar üzerine idari yargıya başvurmalarda yürütmenin durdurulması kararı verilemez*” hükmünü Anayasa’ya uygun bulan Anayasa Mahkemesi, gerekçesinde, kamu hizmetlerin “*düzenli ve aralıksız*” yürütülmesi gerekliliğine dayanmaktadır.

Görevle bağı geçici ya da sürekli kesilen görevlinin ya da kurulun *yerine bakan* görevlinin/kurulun bulunması zorunluluğu (örneğin vekalet, görev süresi bitenin yenisi gelinceye kadar görev yapması vb.) kamu hizmetinin sürekliliğiyle bağlantılıdır. İşgüder olan yerine bakan görevli ya da kurul kamu hizmetinin sürekliliği için *günlük işleri* sürdürmek zorundadır, bununla birlikte örgütü uzun süreli bağlayıcı ya da örgütün siyasasını değiştiren kararlar alamaz.

Kamu hizmetinin süreklilik ilkesini uymaması durumunda ortaya çıkan zararlardan idare hizmet kusuru çerçevesinde sorumludur. Süreklilik ilkesinin ihlali idarenin sorumluluk hallerinden biridir.

İdari sözleşmeler alanında *öngörülemezlik* teorisi de süreklilik ilkesinden dayanak bulmaktadır. Kamu hizmetleri imtiyazcısı, hizmetin işleyişini düzenli bir şekilde sürdürmek zorundadır. Ancak yüzyıl başında yaygın olarak uygulanan imtiyaz yöntemi, olağanüstü teknolojik gelişmeler ve iktisadi krizler karşısında zorlanmış ve imtiyazcılar hizmeti sürdüremez duruma düşmüşlerdir. Doğan uyuşmazlıklar sonunda idari yargı tarafından, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine dayanılarak öngörülemezlik kuramı geliştirilmiştir. Buna göre, sözleşmenin iktisadi dengesinde, tarafların iradesi dışında (doğal, iktisadi, imtiyazı veren idareden kaynaklanmamak koşuluyla hukuki) bir nedenle, sözleşmenin yerine getirilmesini güçleştiren öngörülemez bir büyük sarsıntı olursa idare imtiyazcının yeni koşullara uymak nedeniyle uğradığı zararı gidermek zorundadır.

Özellikle olağanüstü hallerde, idarenin görevlisi olmayan kişilerin bu statüleri varmışçasına kamu hizmeti üstlendiği durumlarda yapılanları hukuken ve giderim sorumluluğu olarak idareye bağlayan *fiili memur* kurumu da kamu hizmetinin sürekliliği ilkesine dayanır.

Kamu görevlileri statüsüne getirilen önemli kısıtlamalar da süreklilik ilkesine dayanmaktadır. Görevden çekilmeye ilişkin düzenleme örnek gösterilebilir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun çekilmeyi düzenleyen 94. maddesinin III. fıkrasına göre, “*çekilmek isteyen memur*

yerine atanan kimsenin gelmesine veya çekilme isteğinin kabulüne kadar görevine devam eder. Yerine atanan kimse bir aya kadar gelmediği veya yerine bir vekil atanmadığı takdirde üstüne haber vererek görevini bırakabilir.” 95. maddeye göre, “çekilen devlet memurlarından devir teslim ile yükümlü olanlar, bu işlemlerin sonuna kadar görevlerini bırakamazlar.” Olağanüstü hallerde memurların çekilmesi zorlaştırılmıştır. 96. maddeye göre, “olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde veya genel hayata müessir afetlere uğrayan yerlerdeki Devlet memurları yerine atanacaklar gelip işe başlamadıkça görevlerini bırakamazlar.”

Kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi kamu görevlilerinin grev yapmasına engel değildir çünkü süreklilik mutlaka kesintisiz işleyişi gerektirmez. Kamu hizmetinin sürekliliğini sağlamak amacıyla grev hakkına sınırlamalar getirebilir. Kamu görevlileri için grev hakkı anayasada düzenlenmemiş, yasalarda ise suç ve disiplin suçu sayılmıştır. Kamu görevlileri meslek yaşamlarına ilişkin konularda grev yapmakta, cezalarla karşılaşabilmektedir. Yargı kararları, kamu görevlilerinin grev yapabilmesi yönünde gelişmektedir. Hizmetler kesintisizlik ile düzenlilik arasında nitelik taşıyabildiği gibi her bir kamu hizmeti örgütü içinde de kesintisiz yürütülmesi gereken hizmetleri ile düzenli yürütülmesi gereken hizmetler ayrılabilir. Yargı kararlarındaki genel vargı, çalışma/meslek yaşamına ilişkin konularda istemlerini duyurabilmek, işverene dayatabilmek amacıyla önceden bildirilmek ve temel hizmetleri sağlamak koşuluyla grev yapmanın bir hak olduğudur. Yasal yapının yargı kararlarına uydurulacağı öngörülebilir.

Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi Danıştay kararlarında hukukun genel ilkesi nitelendirilmektedir. Özellikle süreli sözleşmelerle ya da statülerle çalışan kamu görevlilerinin görev sürelerinin yenilenmemesi kararlarının denetiminde temel ölçülerden birisidir. Danıştay kamu hizmetlerinin sürekliliği ile kamu görevlisi arasında Anayasa’nın 128. maddesinde kurulan ilişkiye dayanarak süreklilik kamu görevlilerinin ayırıcı niteliği olarak kabul edilmektedir.

Kamu malının devredilemezliği, zamanaşımıyla kazanılamaması ve haczedilemezliği ilkeleri de kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesiyle açıklanır. Kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi, özellikle kamu hizmetinin işgücüne ilişkin pek çok sorunun çözümünde yorum aracı olarak kullanılmaktadır.

## B. Eşitlik İlkesi (Yansızlık ve Laiklik)

Eşitlik kamu hizmetinin yerine getirilmesinde uyulması gereken temel ilkelerdendir. Anayasanın 10. maddesinde düzenlenmiştir. “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Anayasa’nın başlangıç bölümünde de eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Vatandaşların haklardan eşitlik gereğince yararlanacağı belirtilmektedir. “Her Türk vatandaşının bu Anayasa’daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak ... onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu...”

10. maddenin sonuncu fıkrasında idarenin eşit hareket etme yükümlülüğü açıkça düzenlenmiştir. “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” Bu kuralla kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesi anayasada açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa’da kimi hizmetlere ilişkin eşitlik yükümlülüğü de öngörülmüştür. m.29/son: “Süreli yayınlar, Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin veya bunlara bağlı kurumların araç ve imkânlarından eşitlik esasına göre yararlanır.” m.133/son: “Devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulan tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzelkişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır.” m.136: “Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak ... görevleri yerine getirir.”

### **Eşitlikte iki ilişki düzeyi**

Eşitlikte iki ilişki düzeyi farklılaştırabilir. Bireyler arası ilişkilerde eşitlik ile devlet - birey ilişkilerinde eşitlik. İlki kapitalizmin kurucu ilkelerinden biridir. Konumuz bakımından bizi

ilgilendiren siyasal alandaki eşitliktir. Devletle olan ilişkisi sürekli bir eşitlik istemiyle düzenlenir. Anayasanın 10. maddesinde düzenlenmiş olan eşitlik kuralı siyasal alandaki eşitliğe, devlet ile olan ilişkilerdeki eşitliğe ilişkindir.

Eşitlik iki yönlüdür. Bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerinde hukuk öznesi olarak eşit olduklarını anlattığı gibi, devletin hukuk yapıcısı ve uygulayıcısı olarak bireylere eşit davranması gerektiğini de anlatır. İki yönüyle de günümüz toplumsal ve siyasal kurgusunun temelinde yer alır eşitlik. İnsanlar hukuk öznesi olmak bakımından eşit ve özgürdürler. Tüm iktisadi ve toplumsal yapı bu temel varsayım üzerine kurulur. Hukuki sonuçlar doğurma bakımından kişilerin iradesi eşit hukuksal değere sahiptir; eski toplumsal yapıdan farklı olarak soyluluk, toprağa bağlılık, kölelik vb. gibi öğeler, iradelere astlık/üstlük tanıyarak hukuk özneleri arasında ayırım yaratmaz. Kamu hizmetleri sözkonusu olduğunda, eşitliğin, üretim ilişkileri (sivil toplum) alanın temel kurucu ilkelerinden olması özelliği değil, kişilerin siyasal alanla ilişkilerindeki rolü belirleyicidir. Klasik demokrasi anlayışında siyasal alanın kurucusu, geçmişin tüm bağımlılık ve ayrıcalık bağlarından kurtulmuş bireyin eşit ve özgür irade açıklamasıdır. Eşitlik ve özgürlük kavramları, siyasal alanla sivil toplum arasındaki temsil ilişkisini kurmada birleştirici öncüllerdir; yaşamlarında eşit ve özgür olmayan insanların oluşturduğu parçalı ve çelişkili toplumu, soyut bir topluluğu ifade eden devlete bağlayan farklı çıkarları siyasal alanda oluşan ortak çıkarda birleştiren ilkelerdir. Bağıın kopmaması ve meşruiyetinin sürekli üretilebilmesi eşitlik ilkesinin siyasal alanda uygulanmasıyla olanaklıdır.

1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 2. maddesinde "*herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka herhangi bir düşünce, ulusal ya da toplumsal köken, servet, doğuş veya başka herhangi bakımdan ayırım gözetilmeksizin bu Bildiride ilan olunan tüm haklardan ve özgürlüklerden yararlanabilir*" hükmü yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde de hemen hemen aynı düzenlemeye yer verilmiştir. "*İşbu sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerden istifade keyfiyeti, bilhassa cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, milli veya sosyal menşee, milli bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi diğer bir durum üzerine müesses hiçbir tefriğe tabi olmaksızın sağlanmalıdır.*" Ayırım yapılamayacak konuları belirlemek için sayılan örnekler arasında servetin bulunmaması dışında Anayasanın 10. Maddesindeki eşitlik kuralı Birleşmiş Milletler ve Avrupa düzenlemelerine benzemektedir. Maddede sayılanların örnek olduğu "*ve benzeri*" ifadesine dayanılarak genişletilebileceği savunulabileceği gibi maddede sayılan örneklerin fiziksel ve düşünsel nitelikte olduğu düşünülürse servetin farklılık ölçütü olarak kabul edilemeyeceği de savunulabilir.

### **Yasak konular**

Anayasadaki düzenleniş biçimiyle eşitlik, kişilerin devletle olan ilişkilerine yönelik bir ilkedir. "Kanun önünde" eşitlik "devlet önünde" eşitliktir. Anayasa'nın 10. maddesindeki ifadesiyle kanun karşısında "*herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri*" yönlerde eşit konumdadır. Kişilerin dili, ırkı, cinsiyeti, siyasi düşüncesi, dini ve benzeri temel farklılıkları yasalar önünde *gözetilmez*. Yasalar bu özellikleri temel alamaz, devlet bu özellikleri ölçü almadan etkinlikte bulunur.

### **X. Kanun önünde eşitlik**

**Madde 10 –** Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

İlke olarak devlet etkinliği dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri özellikler karşısında *yansızdır*.

Anayasa'nın 10. maddesinin düzenlediği biçimiyle eşitlik, benzer özellikleriyle aynı kategoride yer alan kişilere aynı muamele yapılmasını; farklılıkların, farklı muamele dayanağı olabilmesini ancak Anayasa'da sayılan *dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri* özellikler farklılık etmeni sayılamayacak olmasını anlatır. Hukuksal eşitlik ilkesiyle, eşitsizlikler kabul edilmekte ancak bunlardan doğuştan gelen, kişinin iradesine bağlı olmayan, nesnel ölçütü bulunmayan kimilerinin devlet etkinliğinde belirleyici olması yasaklanmaktadır. *Yasak konular* kamu hizmetlerinin işleyişinde ölçü alınamaz. Yasak konular dışında kamu hizmetlerinin işleyişinde eşitsizlikler yaratılabilmesi için anayasadaki bir değer korunması amaçlanmalı ve farklılık ölçütü olan özelliğin anayasa ile çelişmemesi gerekir.

Hukuksal eşitlik ilkesiyle, eşitsizlikler kabul edilmekte ancak bunlardan bazılarının devlet etkinliklerinde eşitsizlik ölçütü olarak kullanılması yasaklanmaktadır. Eşitlik ilkesinin tek tip kamu hizmeti uygulaması anlamına gelmez, *anayasadaki bir değer korunmasına dayanan haklı neden* ve kamu yararının gerçekleştirilmesi amacı eşitsiz uygulama yapılmasına dayanak sağlar. Örneğin kamu hizmetlerinden yararlanan kullanıcılardan alınacak para belirlenirken kullanıcılar arasında ayırım yapılabilir. Öğrencilerin toplu taşıma hizmetlerinden yararlanmasında indirimli tarifieden yararlanmaları buna örnektir.

Kişilerin özellikleri ayrı bir statü oluşturulmasını gerektirecek denli farklı olduğu durumlarda idarenin, yasal yetkileri içinde bunu araştırmaması; yetkileri içinde olması, yeterli neden ögesi verileri ve yeterli olanakları bulunmasına karşın ayrı bir statü oluşturmaması eşitlik ilkesinin ihlalidir, hizmeti kusurlu, işlemleri hukuka aykırı duruma getirir.

#### ***Kamu Hizmetleri Aracılığıyla Eşitlik. Olumlu ayrımcılık.***

*Kamu hizmetleri aracılığıyla eşitlik*, hukuk sisteminin tanıdığı biçimsel eşitliği, maddi eşitliğe doğru götürebilmek için bir araç olarak kullanılabilir. Kamu hizmetleri, toplumsal eşitsizlikleri gidermek için kullanılabilir. Kamu hizmetleri aracılığıyla eşitlik, maddi eşitsizlikleri gidermeyi hedefler ve bu nedenle de kimi zaman hukuki eşitliğe aykırılık doğurur. Olumlu ayrımcılık, eşitliği sağlamak için eşitlik ilkesine aykırı davranılması, ona ayırıklık getirilmesidir. Kamu hizmetleri aracılığıyla eşitlik *olumlu ayrımcılık (pozitif ayrımcılık)* kapsamında değerlendirilir.

Olumlu ayrımcılık uygulamalarına dayanak oluşturmak üzere Anayasanın 10. maddesi değiştirilmiştir. Buna göre, “(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./ (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.” Kadınlar, çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri, maluller ve gaziler için olumlu ayrımcılık anayasal dayanağa kavuşmuştur.

Kadınlar için 2004 ve 2010 yıllarında yapılan bu iki değişiklik, dini inançlara dayalı giyim kurallarının kamu personeli ve kamu hizmeti kullanıcıları için kısıtlanabileceği yönündeki Anayasa Mahkemesi kararlarının hukuksal etkisini kaldırmak için yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin verdiği ilk yorumlu ret kararını etkisiz kılmak için 2004 değişikliği yapılmış ancak içtihat değişmemiş, 2010 değişikliğine açıkça “yorumlanamaz” sözcüğü eklenmiştir. Aynı zamanda 2010 Anayasa değişikliği ile aynı sonucu doğurmak üzere Anayasa Mahkemesinin yapısı da değiştirilmiştir.

## 1. Yansızlık

Eşitlik ilkesinin, siyasi düşünce ve felsefi inanç bakımından incelenmesi yansızlık olarak kavramsallaştırılır. Yansızlık, kamu hizmetlerinin, görevlilerin ve kullanıcıların siyasi düşünce ve felsefi inançlarına, kanaatlerine göre yürütülmemesidir. Kamu hizmetlerinin örgütlenme ve sunulmasında düşünce ve inanç bakımından farklılık yaratılmaması yansızlık ilkesidir. Kamu hizmeti, kamu görevlilerinin veya kullanıcıların siyasi görüşlerine veya dini inançlarına göre üretilip sunulmaz.

Musluktan akan suyun sağcısı, solcusu, dincisi, laiki olmaz önemli olan musluklardan akan suyun akması, içilebilir ve temiz olmasıdır. Kamu hizmetlerinde temel amacın toplumsal ihtiyaçların karşılanması olduğu gerçeğini vurgulayan bu sav, hangi ihtiyaçların kamu hizmetleri olarak ve hangi biçimlerde karşılanacağını sorununun, özü gereği siyasi bir konu olduğu gerçeğini gözardı etse de bir işleyiş ilkesi olarak kamu hizmetlerini düzenlemeye uygundur. Örneğin, eğitim kamu hizmetinin yürütülüşü sırasında idarenin yansız davranma yükümlülüğü bulunmaktadır, ancak eğitimin içeriğinin siyasal ideolojik yüklenimli olmadığını savunabilmek olanaklı değildir. Bunun gibi devletin yayıncılık kuruluşları eşitlik ve yansızlık yükümlülüğüyle haberlerinde siyasi partilere dengeli olarak yer verseler bile bir bütün olarak devlet yayıncılığı siyasi, ideolojik ve dini yönelimlere açıktır.

Kamu hizmetlerinin yansızlığı devletin ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin bir ideolojik çerçeve içinde hareket etmediği anlamına gelmez. Elbette kamu hizmeti ideolojik niteliğe sahiptir. Özellikle eğitim kamu hizmeti egemen ideolojinin kuşaklar arası aktarıcısıdır. 1980 Darbesinden sonra Türk İslam sentezi ideolojisi eğitim sisteminin hem kadrolar seçilirken hem de müfredat bakımından temeli haline getirilmiştir.

## 2. Laiklik

Kamu hizmetlerinin dini konular karşısındaki yansızlığı laiklik ilkesini oluşturur. Kamu hizmetlerinin örgütlenmesi ve işleminde dinin kurucu ve belirleyici ölçü olmaması yansızlıktır. Kamu hizmetlerinin din karşısındaki yansızlığını laiklik ilkesi olarak adlandırırız.

Kamu hizmetlerinin örgütlenmesi ve işleyişinde din kurucu öğe olamaz. *Din kamu hizmetleri ve zorunlu din dersi bu ilkenin anayasada düzenlenmiş ayrıklarıdır.*

Anayasa’da laiklik ilkesinin geçtiği çeşitli maddeler bulunmakla birlikte içeriğine ilişkin açıklık yaratan düzenlemeler sınırlıdır. Anayasa Başlangıç II. paragrafta “...laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine .. kesinlikle karıştırılmayacağı...” belirtilmektedir.

Laiklik tüm dini inançlara eşit din hizmetleri sunmak değildir. Kamu hizmetlerinde din karşısında yansızlık, laiklik tüm dinlere eşit mesafede durmak, tüm dinlere eşit hizmet sunmak değil, dini ölçü alan kamu hizmeti kurulamaması, dine karşı nötr (yansız) kalmaktır.

Dini inancın ölçüsü kişinin vicdanıdır, dinin kutsal metinleri ve bu metinlere ilişkin inanılan yorumlardır. Devletin tüm dini inançlar için eşit hizmet örgütlemesi maddi olarak olanaksızdır. Öte yandan kamu hizmetlerinin kuruluş ve işleyişinde dini inançların ölçü alınması dini inancın ne olduğu konusunda idareye değerlendirme yapma yetkisi verme sonucunu da doğurur. Din hizmetin kurucu ya da belirleyici öğesi olarak kabul edildiğinde neyin din olduğunu belirleme yetkisi de idarenin elinde olur.

Anayasanın 10. maddesinde eşitsizlik ölçütü olarak kullanılamayacak konular içinde dini inancın da sayılmış olması dini ölçü alan kamu hizmetleri kurulmasına engel olmakla birlikte yine anayasada Diyanet İşleri Başkanlığı kurulmuş, devlet örgütlenmesinde, din hizmetleri bir kamu hizmeti olarak kabul edilmiştir.

***Diyanet Laikliği: Din kamu hizmetleri***

Türkiye’de devlet, bireylerin dinsel gereksinimlerini karşılayacak toplumsal örgütlenmeyi, piyasanın işleyiş kurallarından büyük oranda bağımsız kılarak bir kamu hizmeti olarak üstlenmiş durumdadır. Bireylerin dinsel inançlarının gereklerine göre yapacakları etkinlikleri devlet tarafından dıştan düzenlenmekle, yani bu davranışlar kolluk rejimine bağlanmakla yetinilmemiş; devlet dinsel toplumsal gereksinimlerin karşılanabilmesi için gerekli olan hizmet üretiminin büyük bölümünü üstlenmiş ve bireylerin bunlardan yararlanmalarını alım satım (mübadale) rejiminin dışına çıkartmıştır. Türkiye’de Müslümanlar için ibadet gereksinimleri karşılayacak hizmet üretiminin büyük bölümü, bireylerin serbest girişiminde ve serbest mübadale alanında değildir. Dini etkinliklerde bulunup bulunmama özgür olmakla birlikte, bu etkinliklerden *toplumsal nitelikte olanlarının* gerektirdiği hizmet üretimi devlet tekelindedir; devlet tarafından üretilmekte ve para ödeme koşuluna bağlanmadan yararlanılmak üzere topluma sunulmaktadır.

*Din kamu hizmetinin* örgütü Diyanet İşleri Başkanlığı’dır. Diyanet İşleri Başkanlığı camilerle, ilçe ve il müftülükleriyle, merkez teşkilatıyla *mülki bürokrasiye* koşut bir *dinsel bürokrasi* örgütlenmesidir. Diyanet İşleri Başkanlığı, hizmet birimleri olan camileri, ilçe ve il müftülükleri, merkez ve yurtdışı teşkilatıyla bir *bakanlık gibi örgütlenmiştir*. Ayrıca devletin kamu hizmetlerinin sunumunda Diyanet İşleri Başkanlığı ile işbirliği yapması sonucunda *dinselleştirilmiş kamu hizmetleri* kategorisi de ortaya çıkmaktadır.

Anayasanın 2. maddesine göre “Türkiye Cumhuriyeti, ... lâik ... bir hukuk Devletidir.” Devletin laik niteliği ile din kamu hizmetinin varlığı ile bunun örgütü olan Diyanet İşleri Başkanlığı, bir çelişki ya da enazından açıklanması gereken bir özellik olarak durmaktadır.

Fransız Devriminin ve Fransız laikliğinin Türkiye için model olduğu görüşü yaygın kabul görmektedir. Türk laikliğinin Fransız laikliğini örnek aldığı kabulüne, siyasal konumuna göre, cumhuriyetçilerde Türkiye’de din kamu hizmeti (Diyanet İşleri Başkanlığı) nedeniyle ortaya çıkan özgünlüğü açıklama denemesi ya da liberallerde ve cumhuriyet karşıtlarında Fransız laikliğinin ne denli otoriter olduğu eleştirisi eşlik eder. İkinciler Fransız laikliğini “radikal ve Jakoben laiklik” olarak nitelendirirler.

Türk Devriminin Fransız laikliğini örnek aldığı doğrudur. Bununla birlikte Türk laikliğinin Fransız modeline göre kurulduğunu savunanlar, Fransızların 1905 Devlet – Kilise ayrılığı modelinin ya da Devrim sırasındaki kısa ayrılığın örnek alındığı sanısındadırlar. Devrim öncesi tarihini bir yana bırakırsak Fransa’da Devrim Laikliği (1789), Konkordato Laikliği (1801-1905) ve Devlet – Kilise Ayrılığı Laikliği (1905’ten günümüze) laikliğin farklı aşamaları, düzenleme biçimleridir. Türk Laikliği, Fransız Ayrılık Laikliği (1905) değil, büyük oranda Fransızların Konkordato (1801) Laikliğini model almıştır.

Türkiye Cumhuriyeti laikliği, Konkordato ile 1789 Devrim laikliğinin karışımı bir düzenleme biçimidir. Devlet, çok sayıda *laikleştirici* kurumsal, eğitsel ve ideolojik düzenleme yaparken örgütlü dinle ilişkisini bir tür sözleşme ile düzenlemiş ve dini, kamu hizmeti olarak örgütlemiştir.

Konkordato laikliği, 1801 yılında Napolyon’un büyük çoğunluğu koyu Katolik olan Fransızların ülke dışı bir otoriteye bağlılıklarını zayıflatarak Fransız ulusunu oluşturma çabası sonucunda Vatikan ile anlaşma imzalamasıyla kurulmuştur. Napolyon ile Papa’nın imzaladığı Konkordato ile Fransa’da bir din işleri bakanlığı kurulmuş, papazlar kamu görevlisi olmuş, kiliselerin ve din bürokrasisinin giderlerini karşılamak üzere bütçeye para konulmuş, devletçe tanınan dinler sistemine geçilmiş ve din bir kamu hizmeti olmuştur. III. Cumhuriyet, Napolyon’dan ve II. Cumhuriyet’ten devraldığı Konkordatoyu, din kamu hizmetlerini, din işleri bakanını, din işleri idaresini, papazlara maaş vermeyi 1905’e kadar yaklaşık 30 yıl sürdürmüştür. Konkordato yaklaşık yüz yıl uygulandıktan sonra 1905’te III. Cumhuriyet tarafından sona erdirilmiştir.

III. Cumhuriyet, günümüz Fransız siyasal sisteminin kuruluş dönemidir; tüm monarşist arayışları tarihe gömmüştür. III. Cumhuriyetin laikleştirici kararları ve 1905 Devlet – Kilise Ayrılığı, dini devletten, devleti dinden özgürleşmiştir. *Konkordato Laikliğinden, Ayrılık Laikliğine* geçilmiştir. Devlet ile Kilise ayrılmış, din kamu hizmeti özelleştirilmiş, din, örgütlü veya bireysel etkinlik niteliğiyle *tapını* kavramıyla ve serbestlik ilkesi çerçevesinde düzenlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti laikliğinin düzenleme biçimi, *Konkordato Laikliğine* benzetilebilir, *Diyanet Laikliği* olarak adlandırılabilir.

### ***Laikleşme – laiklik***

Laiklik, toplumların laikleşmesinde (*laïcisation, sécularisation*) din – devlet ilişkisinin *düzenleme biçimidir*. Toplumun laikleşmesinde din – devlet ilişkisinin düzenleniş kurumları ve kurallarını anlatır. Devletin toplumu laikleştirici önlemler alması ya da üretim ve mübadele ilişkilerindeki gelişmelerin yarattığı dinsel yitimi laiklik terimiyle karşılanmaz, bu laikleşmedir, sekülerleşmedir.

Din – devlet ilişkisinin düzenleme biçimini, devletin yapısı kadar dinin toplumsal örgütlenme özellikleri de belirler. Toplumda birden fazla dinin kabul görüyor olması, çoğunluk dini olsa da bunun içinde mezheplerin, çoğunlukça meşru sayılsın sayılmasın, yaşıyor olması, tarikatların varlığı ve gücü, ibadetlerin özel mekan ve özel din adamları topluluğu gerektirip gerektirmemesi, merkezileşmiş, hiyerarşik tek bir dinsel örgütlenmenin bulunması ya da yine merkezileşmiş ancak her biri eşit güç savında bulunan birden çok örgütlenmenin varlığı, dinin ve bunun örgütlü biçiminin toplumsal çatışmalarda tarafların sözcüsü, destekleyicisi ya da başlı başına amacı olması; dinin, tarih boyunca devletin bütünüyle, hanedanla, devletin çeşitli aygıtlarıyla bütünleşmesi ve bunun gibi çok sayıda önemli özellik din – devlet ilişkisinin düzenleme biçimini belirleyecektir. Osmanlı - Türk laikleşmesi, dünya çapında gelişen ticari, sınai ve mali kapitalizmin bileşik alanına giren Osmanlı İmparatorluğu'nun yaşadığı eşitsiz gelişmenin ürünü olan toplumsal ve siyasal dönüşümler (modernleşme ve çağdaşlaşma) ile doğmuştur ve gelişimini sürdürmektedir.

Tanzimat'ta, Meşrutiyet'te ve Cumhuriyet Devrimi'nde Avrupa örnek olmuş; Fransa, Almanya ve İngiltere, kendi çıkarlarını da gözeterek dönüşüme ideolojik, parasal, siyasal ve askeri/teknik destek vermişlerdir. Bu dönemde, gerek devletlerin işbirliği ile ve gerekse bireysel çaba ve kariyer arayışlarıyla çok sayıda yabancı uzman ve meslek sahibi ülkeye gelmiş ve reformların kadrosunu oluşturacak çok sayıda genç de Avrupa'da eğitim almıştır. Osmanlı'da başlayan Avrupa'dan hukuk alımı (resepsiyon) Cumhuriyet döneminde de sürmüştür. Bilinçli hukuk alımı dışında, düşünsel yapısı Avrupa'da oluşan kadroların, benzer sorunları çözmek için buldukları çözümlerin de benzer olmasının sonucunda bir *fiili resepsiyon, kendiliğinden hukuk ve kurum aktarımı* da oluşmuştur. Devlet örgütlenmesi ve toplumsal yaşamın hukuksal kurallarının oluşturulmasında, Kamu Hukuku – Özel Hukuk ayrımıyla bir hukuk ailesi oluşturan Romanist Hukuk geleneği içindeki ülkelerden aktarmalar yapılmıştır. Laiklik, devlet - din ilişkisinin açıkça tartışıldığı, yeniden düşünüldüğü ve yeniden kurulduğu bir reformun ürünü değildir. Kapitalist üretim ve mübadele ilişkileriyle birleşmenin gerektirdiği daha önce kapitalistleşmiş ülkelerin yaşadıklarına benzer ancak onların tekrarı olmayan, eşitsiz gelişimin ürünü çok sayıda, parçalı ve seçmeci reform yaratmıştır laikleşmeyi.

Yeni kurulan Cumhuriyet'in, bu laikleşme içinde, örgütlü din ile arasındaki ilişkiyi belirlemek üzere geliştirdiği düzenleme biçimi bir tür anlaşma, Konkordato, yapmak olmuştur. Birden fazla düzenlemeden oluşan bu anlaşmanın köşe taşı Diyanet İşleri Reisliğidir. Cumhuriyet, Kurtuluş savaşında desteğini gördüğü heterodoks İslam örgütlenmesini tekke ve zaviyeleri kapatarak bastırmıştır. Bu bastırmanın, güçlü bir tepki yaratmaması müntesipleri laikleştirip özgür yurttaş



dönüştürmüş olmasıyla açıklanabilir. Kurtuluş savaşında düşmanla ve hanedanla işbirliği yapan ulemayı sürgün ve diğer cezalarla etkisizleştirmeye çalışmış ve sünni tasavvuf örgütlenmesini (tarikatlari) yasaklamıştır. Ulemanın ve sünni tasavvufun denetimindeki medreseleri kapatarak vakıflara el koyarak ve fetva faaliyetine son vererek Cumhuriyete kalan Osmanlı ulema örgütlenmesini büyük ölçüde etkisizleştirmiştir. Bunun karşılığında, büyük oranda Osmanlı ulemasının işgücünü oluşturacağı bir din kamu hizmetleri kurmayı da kabul etmiştir. Diyanet, din kamu hizmetinin örgütüdür.

Diyanet İşleri Reisliğini önceleyen kurumların kısaca incelenmesi, Türkiye Cumhuriyeti (Türk Devleti) ile *İslam Dininin devletçe kabul gören örgütü* arasında sınırların yeniden belirlendiği ve din kamu hizmetinin kurulduğu bir tür sözleşme (konkordato) yapıldığını gösterir.

1924 Mart'ında, devlet işlerinin şeriata uygunluğunu denetleyen ve din hizmetlerini örgütleyen *Şeyhülislamlık* ardılı olan makam *Şer'îye ve Evkaf Vekaleti* kaldırılmış yerine *Diyanet İşleri Reisliği* kurulmuştur. 1924 yılında kurulan Diyanet İşleri Reisliğinden önce, yalnızca dört yıl ömrü olmuş, *Şer'îye ve Evkaf Vekaleti* vardı. Bu vekalet Osmanlı Şeyhülislamlığının görevlerinin bir bölümünü devralmıştı. Şeyhülislamlık ise Osmanlı'da Fatih Devrine dayanan uzun bir geçmişe sahiptir. Şeyhülislamlığın kökeninde kadı ve müftü kurumları bulunmaktadır. Bunlar, İslam Dinin devletçe kabul edilen, örgütlenen ve muhatap alınan yorumunu üretmiş, temsil etmiş ve devlet yaptırımıyla uygulamışlardır.

Kaldırılan Şer'îye ve Evkaf Vekaleti, Osmanlı Şeyhülislamlığının Anadolu Hükümetince bakanlık biçimine dönüştürülmesiyle oluşturulmuştu (1920). İşgal ordularıyla savaşı örgütlemeye çalışan Anadolu Hükümetinin karşısında bir de Halife-Sultan'ın Hilafet ordusu vardı. Şeyhülislamlığın karşısına Milli Mücadeleye bağlı müftülerin (ulemanın) örgütlenebileceği bir makam yaratılmıştı. 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu'nda "ahkâmı şer'îyenin tenfizi" yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verilmişti (m.7). Vakıfların ve medreselerin yönetimi ile fetva yetkisi Şer'îye ve Evkaf Vekilindeydi.

Cumhuriyet ile kaldırılan Şeyhülislamlık Osmanlı'da itikadi hak mezhebin, tüm ulemanın bağlı olduğu, tekelli resmi örgütlenmesidir. Osmanlı için, fıkhi mezheplerin ve tarikatların çoğulluğundan söz edilebilirse de itikadi hak mezhebin tekelli resmi örgütlenmesi şeyhülislamlıktır. Osmanlı'nın bir din devleti (teokrasi) olup olmadığı tartışması bir yana devletin yaşamı boyunca devlet işlerinin şeriata uygunluğunu sağlamak için yüksek dini makamdan fetva alınmıştır. Şeriat, Osmanlı'da uygulanan hukuk kaynaklarından biridir. Bunun dışında padişahın koyduğu kurallar ve uygulanmasına izin verdiği örf kuralları bulunmaktadır. Bunların da İslam hukukuna uygunluk onayı alması zorunludur. Osmanlı'da şeriat hukuk kaynağı olduğu kadar hukukun meşruiyet kaynağıdır da. Bu işler için, tarihsel son biçimi Şeyhülislamlık olan, bir dini *fetva örgütü* vardır. Halife-Sultana şeriatın emirlerini ve yasaklarını bildirmek *Meşihatı İslâmiye* makamının görevidir, bu makamda bulunan kişi *Şeyhülislâm* ya da *Müfti el'enam* olarak adlandırılır. Ulema hiyerarşisinin başı *şeyhülislamlık* kurulana kadar *kadıasker* olmuştur. Rumeli kadıaskerinin yanısıra bir de Anadolu için kadıasker atanmıştır. Kadıaskerler kendi bölgelerindeki yargıçları (kadıları) ve medrese hocalarını (müderrisleri) atarlar ve hukuksal sorunları çözerlerdi.

Şeyhülislamlık kentlerdeki müftülerin merkezde tek bir otoriteye bağlanması ile oluşturulmuştur. Önceleri kentlerdeki müftüler ile İstanbul müftüsü arasında temel bir fark yoktur. İstanbul'un fethinden sonra Fatih, İstanbul müftüsünü diğer müftülerden üstün duruma getirmiş, XVI. Yüzyıldan başlayarak İstanbul müftüsü, Anadolu ve Rumeli kadıaskerlerinin önüne geçmiştir (Ali Fuat Başgil, *Din ve Laiklik*, 9. B, 2009, s.180/dpn. 94). Aynı zamanda şeyhülislam olarak atanan İstanbul müftüsü, ulemanın başı ve imparatorluğun din otoritesi olmuştur. Kanuni Döneminde, Ebussuud Efendi'nin atanmasıyla İstanbul müftüsüne ulema hiyerarşisinde baş yetki verilmiş,

veziriazamla eşit düzeye getirilmiştir. “Böylece şeyhülislam, Ortodoks Rum Patriğinin karşısında, din adamlarının bütünü üstünde otoritesi olan, bir tür Müslüman simetrisi ol[muştur] onun. ... İslam geleneğinde benzeri olmayan bir olaydır (Robert Mantran, *Osmanlı İmparatorluğu Tarihi I, Kuruluş ve Yükseliş Yılları*. 2. Baskı, 2012, s.233).”

Osmanlı’da İslam Dininin, Hristiyanlıktan farklı olarak merkezi bir örgütlenmeye sahip olmadığı, din adamları hiyerarşisinin bulunmadığı kabulü, günlük ibadetlerin yerine getirilmesi için büyük oranda doğru olmakla birlikte, İslam hukukunun uygulanması ve eğitim bakımından gerçekliği kavramayan bir saptamadır. İslam hukuku, kurallar ve bunları uygulayan örgütlenme olarak Şeyhülislamlık tarafından merkezleştirilmiştir. Bunun gibi İslam ilimlerinin öğretildiği ve hukukçuların yetiştirildiği medreseler de bu yapıya bağlıydı. Medreseler, müderrisler, kadiaskerler, müftüler, kadılar, imamlar ve hatipler şeyhülislam tarafından atanırlardı. Şeyhülislam ise padişah tarafından atanır, ancak görevden alınamaz, idam edilemez ve hapsedilemezdi. Şeyhülislam devlet işlerinin İslam hukukuna uygunluğu konusunda fetva verirdi.

Osmanlı’da ilmiye sınıfı yalnızca din hizmetlerinde görevli değildi, toplumsal yaşamın önemli alanlarını tekelleştirip merkezileştirmişti. Bu yapının devletin denetiminde olması merkezileşmiş bir dini bürokrasi bulunduğu gerçeğini değiştirmez. Osmanlı yönetim kademesinde görev alanlar, özellikle ilmiye sınıfında olanlar, ulemaca medreselerde yetiştirilirdi. İdeolojik ve dinsel gücünün yanı sıra ulema dinsel kuruluşlara bağlı olan vakıflar sayesinde parasal güce de sahipti.

Devletin denetiminde, eğitim ve adaleti de tekeline almış bu merkezleştirilmiş dini bürokrasinin yanında, büyük oranda onun denetimi dışında, tasavvufa dayalı Sünni tarikatlar ve yaygın bir Alevi – Bektaşî tekkeler, zaviyeler yaşamı da bulunmaktadır. Yeniçerilerin bağlı bulunduğu Bektaşilik ile iktidarla bütünleşmiş Kadirilik, Nakşibendilik, Halvetilik gibi sünni tarikatlar dışında tasavvuf anlayışına dayanan dinsel örgütlenmeler büyük oranda Devlet denetimi dışındadır.

Osmanlı’da reform, askeri ve idari alanlar kadar olmasa da medreseler, kadılık örgütlenmesi, müftülük örgütlenmesi ve vakıflarıyla Şeyhülislamda merkezileşmiş ve ulemayla yaygınlaşmış olan dinsel örgütlenmeye de yönelmiştir. II. Mahmut’un devleti yenileştirme çabalarındaki başlıca siyasal engeli eyalet eşrafı ve ulema’dır. 1826’da Yeniçeriliğin kaldırılmasından sonra yenileşme hareketi, resmi dinsel örgütlenmeye de yönelmiştir. Ulemanın gücünü kırmak için yeni okullar açılmıştır. Medreselerin dışında bir Darülfünûn kurulması, ortaokullar ve ilkokullar açılması eğitimin ulemanın elinden alınmasına yönelik sınırlı alanda olsa da köklü girişimlerdir. Medrese dışı bir eğitim sisteminin kurulmasıyla siyasi elitin eğitimi kısmen de olsa ulemanın elinden alınmıştır. Ulemanın en önemli gelir kaynağı olan vakıflar da yenileştirme çalışmalarında hedef alınmıştır. Toplumsal hizmetlerinin önemli bir bölümünü sunan vakıflar aynı zamanda dinsel örgütlenmelerin, camilerin, tekkelerin, zaviyelerin ve medreselerin de gelir kaynağıdır. Yeniçerilik kaldırıldıktan sonra mallarına el konulan ilk vakıflar Bektaşî tekkelerine ait olanlardı, daha sonra diğer derviş tarikatlarının vakıf mallarına el konulmuştur. Ulema önemli bir gelir kaynağından mahrum kalmış, gelirler bir vakıflar idaresine (*Nezaret-i Evkaf*) bırakılmıştır.

Tanzimat döneminde, kadıların yanısıra laik hukuku uygulayan dağınık da olsa nizamiye mahkemeleri sistemi kurulmuştur (Bunlar daha sonra 1876 Anayasasının 87. maddesinde anayasal kuruma dönüşecektir: “Devai-i şer’iye mehakimi şer’iyede ve devai-i nizamiye mehakimi nizamiyede rü’yet olunur.”). Nizamiye mahkemelerinin dışında, merkezde kanunyolu yargılaması yapan, idari başvuruları inceleyen ve padişahın çıkaracağı kanunları hazırlayan meclisler oluşturulmuştur. İdari işlerle, idarenin denetimiyle ve yasama metinleri hazırlamakla ilgilenen Şurayı Devlet ve adli işlerde ilk derece yargılaması ve kanunyolu incelemesi yapan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkam-ı Adliye. Bu meclisler fetva gerektirmeden karar alırlardı. Bu

gelişmelerden en az etkilenen şeyhülislamın fetva yetkisi olmuştur. Bu yetki, kaldırılmasa da II. Meşrutiyette sınırlanacaktır. 1916'da Şeyhülislam kabineden çıkarılmıştır.

Osmanlı'da Şeyhülislamın merkezileştirdiği dini bürokrasiye yönelik laikleştirici önlemlerinin önemli sonucu eğitim ve yargıda, dini - laik ikili bir yapının ortaya çıkarmasıdır. II. Meşrutiyet döneminde de bu ikiliğe son verilmemiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti'nin ve Cumhuriyet'in yaptıklarının devrim olarak nitelendirilmesinin bir nedeni de tüm alanlarda kurumsal ikiliğe son vermesidir. Ayrıca, Tanzimat reformları için merkezde kurulan meclislerin ve yenilenen kurumların çoğunda kadrolar çoğunlukla ulemeden oluşurdu. Cumhuriyet, yalnızca dini – laik yönetsel yapı ikiliğini kaldırmamış, imam, hatip ve ilahiyatçıların kendi meslekleri dışındaki kadrolara yaygın olarak atandıkları yakın döneme kadar, yeni yönetsel yapının kadrolarını da laikleştirmiştir.

Cumhuriyet'te 3 Mart Yasaları (1924) ile Hilafet kaldırılmış, medreseler kapatılmış ve Şeriye ve Evkaf Vekaleti kaldırılmış, Diyanet İşleri Reisliği kurulmuştur (Yasalar 6.3.1924 tarihli Resmi Gazete'te yayımlanmıştır). 1925 yılında tekke ve zaviyeler kapatılmış tarikatlar yasaklanmıştır. 1924'te Şeriye Mahkemeleri kaldırılmış; 1926 yılında Medeni Kanun çıkarılarak özel hukuk alanı laikleştirilmiştir. Din görevlisi yetiştirmek için imam hatip okulları açılmış ancak bu okullar öğrenci yokluğu nedeniyle kapanmıştır. İlahiyat Fakültesi kurulmuştur. 1928 yılında Anayasa değişikliği ile devletin dini maddesi, Meclisin görevleri arasında yer alan “şeriat hükümlerinin uygulanması” kuralı ve dini yemin anayasadan çıkarılmıştır. Laiklik, 1937 yılında anayasaya girmiş ve Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmıştır.

Tekke ve zaviyelerin kapatılması ve tarikatların yasaklanması daha çok Alevi-Bektaşî inanç örgütlenmesine ve sünni tasavvufun tarikatlarına yönelik bir önlemken Osmanlı ulemasının etkisini sona erdirmeyi amaçlayan ve onun tekelli resmi örgütlenmesine yönelik önlemler, vakıfların devletleştirilmesi, medreselerin kapatılması ve şeyhülislamlığa son verilerek Diyanet İşleri Reisliğinin kurulması olmuştur.

Şer'iye ve Evkaf Vekaleti'nden Diyanet İşleri Reisliğine geçişin temel farkı, şeyhülislamlığın ardılı olan vekaletin yargılama ve eğitim işlevlerinin yeni yapıya taşınmamış olmasıdır. Diyanet İşleri Reisliği, yasadaki düzenlemeye göre, “din-i Mübin-i islâmın ... itikat ve ibadeta dair olan bütün ahkâm ve mesalihinin tedviri ve müessesat-ı diniyenin idaresi için” kurulmuştur (6.3.1924 tarihli Resmi Gazete). Diyanet İşleri Reisliğinin iki temel görevi bulunmaktadır. İslam Dininin inanç ve ibadete ilişkin hüküm ve işlerinin yürütülmesi ve dini kurumların yönetilmesi. Ulema, bu gerileyişin karşılığında resmi din kamu hizmetini yürütme tekeli almıştır. Dinin bir kamu hizmeti olarak üstlenilmiş olması önceki döneme göre köklü bir farklılıktır. Kadro ise belli bir süreklilik içindedir. Cumhuriyet kuşağı yetişene kadar Diyanete Osmanlı uleması egemen olmayı sürdürmüştür.

Diyanet İşleri Başkanlığı'nın kurulması ve bunun anayasada yer bulması *laikliğin*, devletin din kamu hizmetleri üstlendiği bir *düzenleme biçimini* kurumsallaştırmıştır. Din kamu hizmetleri, merkezde Diyanet İşleri Başkanlığı, taşrada il ve ilçe müftülükleri ve camiler biçiminde örgütlenmiştir. Din kamu hizmetlerinin meslek bilgisi gerektiren işgücü gereksinimi karşılamak üzere ortaokul ve lise düzeyinde imam hatip okulları ile ilahiyat fakülteleri da bu dinsel bürokrasiye eklenebilir. Ayrıca Diyanet İşleri Başkanlığı'nın ve özellikle de müftülüklerin diğer idarelerle gerçekleştirdiği ortak etkinlikler din kamu hizmeti dışındaki kamu hizmetlerinin de dinselleşmesine neden olmaktadır. Bunun dışında, Kuran kursları da bir kamu hizmeti olarak örgütlenmekte ve sunulmaktadır. Diyanet Laikliği, resmi ulema eliyle üretilen din kamu hizmetleri sunmaktadır. Bu biçimin, toplumsal koşullar geliştiğinde aşılacak tarihsel bir aşama olduğunu Fransa örneği göstermektedir.

### 3. Eşitliğin Aracı Olarak Dışlama

Dışlama, kamu hizmeti alanının belli bir görüşe ait olmamasını sağlayan bir araçtır. Yansızlığın bir aracıdır. Örneğin, kamu görevlileri için getirilen giyim kuralları ve sınırlamaları, yapılan işin niteliğinden kaynaklanan gereklerin yanısıra yansızlığı sağlayıcı bir dışlama yöntemidir. Dışlama, kamu hizmetinin kullanıcıları için, kamu personeli ile kıyaslandığında daha sınırlıdır.

Eşitlik ilkesinin, kamu hizmetinin işleyişinde ortaya çıkış biçimleri değerlendirildiğinde, hizmetle ilişkili tüm kişiler için etkileri bulunduğu görülmektedir. Örneğin, kamu hizmetinin insan ögesini oluşturan kamu görevine girmede eşitlik ilkesi, Anayasa tarafından düzenlenmiştir. “*Kamu hizmetlerine girme hakkı*” başlıklı 70. maddede, “*her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir./Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*” hükmü yer almaktadır. Kamu görevine girme bakımından düzenlenen bu ilkenin görevde ilerlemede de geçerli olacağı açıktır. Kamu hizmetine girmenin koşulları bulunduğu gibi, kamu hizmetinden yararlanmanın da koşulları bulunmaktadır. Hizmete girmede getirilecek koşullar görevin gerektirdiği niteliklerle bağlantılı olmak zorundadır. Bunun gibi kamu hizmetinden yararlanmak isteyen kişilerin uymak zorunda olduğu koşullar da hizmetin gerektirdiği niteliklerle bağlantılı olmak zorundadır. Kamu görevine girme ve kamu hizmetinden yararlanmada, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri unsurlarla ilgili koşullar öngörülemeyecektir.

Kamu hizmetinde yansızlığı sağlayıcı araç olan dışlama *ideolojik ayıklama aracı* olarak kullanılmamalıdır. Gerek kamu hizmetlerine girme ve gerekse kamu hizmetlerinin kullanıcısı olma bakımından yaşanan önemli sorunların başında siyasi, dini, felsefi görüşler nedeniyle dışlama gelmektedir. Bu dışlama, eşitliğin ve yansızlığın sağlanmasının bir aracı olabileceği gibi ihlalin de aracı olabilir. Eşitliğin ve yansızlığın sağlanması amacıyla “siyasi, dini, felsefi görüşler”in kamu hizmetlerinden dışlanması, idarece hukuka aykırı biçimde ya da onun sınırında, kamu hizmetlerinden kimi siyasal görüşlerin dışlanması aracı olarak da kullanılabilir. Ülkemizde kişilerin, suçluluk dışında “sakıncalık” temelinde sınıflandırılmasına ve buna göre kimi anayasal hakları kullanmadan dışlanmalarına dayanan “güvenlik soruşturması”, hem kamu görevlilerine hem de kamu hizmeti kullanıcılarına yönelik ideolojik seçiciliğin ve dışlamanın aracı olarak kullanılmış ve kullanılmaktadır.

Yansızlığın amacı kamu hizmeti alanında bir düşüncenin ön plana çıkarak diğerlerine karşı eşitliği çığnemesini engellemektir. Kamu hizmeti alanının, bir görüşe ait olmasını ya da en azından böyle bir görünüm yaratılarak eşitliğin ihlal edilmesini önlemek için, gerek hizmet sunanın gerekse hizmetten yararlananların yükümlülükleri bulunabilir. Devlet örgütlenmesini siyasal olarak yansızlaştırmak, en azından böyle bir görünüm yaratmak için, kamu görevlilerine siyaset yapma yasağı, siyasi açıklama yapma yasağı; siyasal düşünceleri açığa vurabilecek simgelerin taşınmasının engellenmesi ya da kılık kıyafet (giyim ve görünüm) ölçüleri getirilebilir.

Hizmeti sunanlarla hizmetten yararlananların, yansızlığın sağlanması bakımından aynı derece yükümlülüğe bağlı kılınmayabilirler. Hizmetten yararlananlar, hizmetin zorunlu içdüzeninin sağlanarak sürdürülebilmesi için gerekli olanlar dışında sınırlamalara ve özellikle dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri kökenli sınırlamalara tabi olması eşitlik ilkesinin ihlali olacaktır.

Yasallık ilkesinin gerekleri bir yana bırakılarak değerlendirilecek olursak kamu hizmetinin kullanıcılarının, bir dini inanca veya bir düşünce sistemine bağlılıklarını açığa vuran giyim ya da simgelerle kamu hizmetinden yararlanmalarının kesin bir sınırlamayla engellenmesi eşitlik ilkesine aykırıdır. Hizmet gerekleriyle bağlantılı sınırlamalar getirilebilir. Dini aidiyet göstergelerinin taşıyor olması değil bunun baskı, kışkırtma, propaganda ya da dini yayma derecesine varması engellenebilir.

1988 yılında Yükseköğretim Kanunu’na bir madde eklenerek “*Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak*

zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir" hükmü getirilmiştir (Ek 16. Madde). Bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından "laik bir devlette yasal düzenlemelerin din kurallarına göre yapılamayacağı" gerekçesiyle iptal edilmiştir (AM, E.1989/1, K.1989/12, k.t.7.3.1989)." İptalden sonra 1990 yılında Yükseköğretim Kanununa "yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak koşulu ile yükseköğretim kurumlarında kılık kıyafet serbesttir (Ek m.17)." hükmü eklenmiştir. Düzenlemenin iptal istemi reddedilmiş ancak, Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde serbestliğin, "dini inanç sebebiyle boyun ve saçların türbanla kapatılmasını ve dinsel nitelikli giysileri kapsamadığı"nı saptamıştır (AM, E.1990/36, K.1991/8, k.t.9.4.1991)." Mahkemenin yorumlu ret kararı ile yasanın anlamı değişmiş, giyim sınırlaması varlığını sürdürmüştür. Uygulama da bu yönde olmuş, disiplin cezaları verilmiş; Danıştay, öğrencilerin yükseköğretim kamu hizmetinden dini inanca dayanan giyimleri kullanmadan türbansız yararlanmalarını zorunlu kılan bir yasa bulunmamasına ve ilgili disiplin yönetmeliğinde doğrudan bir düzenleme bulunmamasına karşın cezaların hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Öğrencilerin ve özellikle kadın öğrencilerin dini inançlarına dayanan giyim ve görünümle yükseköğretim kamu hizmetinden yararlanmasını siyasal programının temeli yapan siyasal partinin iktidara gelmesinden yaklaşık sekiz yıl sonra 2010 Anayasa değişikliği ve buna dayanan yargı örgütü ve yargıç değişiklikleri ile o güne kadarki içtihat ve uygulama değiştirilmiştir. Yükseköğretim kamu hizmetinden dini giyimleri nedeniyle dışlanan kadın öğrencilerin eğitim hakkının tanınmasına yönelik değişiklikleri, okul öncesi eğitim, ilköğretim ve ortaöğretim öğrencilerine de aynı hakkın tanınması izlemiştir. Polis ve asker dahil tüm kadın kamu görevlileri de dini inançlarına dayanan giyim ile çalışma olanağını elde etmişlerdir. Gerek çocuk öğrenciler ve gerekse kamu görevlileri için tanınan olanak yasal değişiklikler yerine yönetmelik değişiklikleriyle tanınmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine verdiği ihlal kararıyla da kadın yargıçlar için dini inançlarına dayanan giyimle çalışabilme olanağı yaratılmıştır. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yargılamasında mahkemenin norm denetiminde verdiği kararlarla bağlıdır. Ayrıca bireysel başvurular, Anayasa Mahkemesi'nde değil, mahkemenin dairesinde yargılanır. Norm denetiminde verilmiş olan yorumlu ret kararının hukuksal etkisinden kurtulmak için olsa gerek bireysel başvurulardan önemli görülenlerin genel kurulda görülebileceğine ilişkin yasa değişikliği yapılmış, bu başvuruya da genel kurulda karara bağlanmıştır. Bireysel başvuruların dairede görüleceği açık anayasa kuralıdır. Yasa değişikliği ve bu değişikliğe dayanılarak yapılan yargılamalar anayasaya aykırıdır. Dini inançlara dayalı giyim ile kamu hizmetlerinde çalışabilmeye ilişkin siyasal program başarıya ulaşmıştır. Bu başarının elde edilebilmesi için kurulan siyasal bağlaşıklıkların devlet düzeni üzerindeki etkilerini askeri kalkışma ve sonrasında gerçekleştirilmek zorunda kalınan bürokratik tasfiyelerden izlemek olanaklıdır.

### C. Uyum (Değişkenlik) İlkesi

Uyum ilkesi varlık nedeni, kamu hizmetinin tarihselliğidir. Kamu hizmeti yeni toplumsal gereksinimlere, toplumsal gereksinimlerin geçirdiği dönüşümlere duyarlı olmalıdır. İdare işleyişini yalnızca gereksinimlerdeki dönüşümlere değil, bunların üretim tekniklerindeki tarihsel dönüşümlere uyarlamalıdır. Uyum ilkesi, kamu hizmetlerinin tarihsel olarak değişir ve uyarlanır olmasını anlatır.

Kamu hizmeti, mal ve hizmet üretimidir, karşıladığı toplumsal gereksinimin gereklerine ve üretim tekniklerine göre değişir. Kamu hizmetinin karşıladığı kamu yararı ve bunu karşılama araçları zamana ve yere göre değiştiğinden kamu hizmeti de amacını gerçekleştirebilmek için bunlara uyum sağlamak zorundadır. Uyum ilkesi, süreklilik ilkesi kapsamında da değerlendirilebilir. Kamu hizmetleri değişerek ve uyarlanarak sürekliliğini sağlar. Fransa'da 20. yüzyıl başında gazlı aydınlatmadan elektrikli aydınlatmaya geçişin doğurduğu uyuşmazlık uyum ilkesi kullanılarak çözülmüştür. Belediye sokakların gazla aydınlatma imtiyazına sahip olan şirketten elektrik aydınlatmasına geçmesini istemiş, isteği reddedilmiştir. Fransız Danıştay'ı, belediyenin, halkı yeni aydınlatma biçiminden yararlandırma hakkından vazgeçemeyeceği, daha önce gazla

aydınlatma tekeli vermiş olsa bile teknik ilerleme gereği, varolan imtiyazcıya öncelik tanınarak elektrikle aydınlatmaya geçme kararı alabileceği sonucuna varmıştır.

Değişkenlik ve uyumun zorunluluğu kolayca saptanabilir, ancak değişimin yönü ve uyumun ölçüsü aynı kolaylıkla belirlenemez. Kamu reformu çalışmaları kamu hizmetinin uyum ilkesi çerçevesinde değerlendirilebilir. Kamu hizmeti üretiminde yeni emek süreci üretim tekniklerine uyulmalıdır. Fordist üretim tekniklerine dayalı kamu hizmeti örgütlenmesi, yeni post-fordist üretim tekniklerinden yararlanmak zorundadır.

Uyum ilkesi, tarihsel zorlamanın yanı sıra siyasal seçişi de gerektirir. Siyasal tercihler, gereksinimler ve üretim tekniklerindeki tarihsel dönüşümlere ne kadar, ne içerik ve yoğunlukta uyum sağlanacağını belirler.

Uyum ilkesinin önemi, zaten yeterince açık olan bir zorunluluğu ifade etmesinden kaynaklanmaz. Kamu hizmeti hukuksal rejiminin (genel olarak idare hukukunun) temel özelliklerinden biri olan tek yanlılık özelliğinin dayanaklarının olması bakımından önem taşır.

Anayasa'da kamu hizmetlerinin değişkenlik ve uyum ilkesine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Anayasa'nın idareye ve planlamaya ilişkin kimi hükümlerinde "*verimlilik, uyumluluk, düzenlilik, etkililik*" idari etkinliğin ilkeleri olarak dolaylı biçimde öngörülmüştür. Bu hedeflerin gerçekleştirilebilmesi kamu hizmetlerinin üretiminde uygun yeni araç ve yöntemlerin izlenmesini gerektirir.

Uyum ilkesi idarenin, kamu hizmetini konu alan sözleşmeleri, karşı tarafın kusuru aranmaksızın, parasal giderim karşılığı sona erdirebilme yetkisinin kökeninde yer almaktadır. Ayrıca değişkenlik ve uyum ilkesi idareye, kamu hizmetine ilişkin sözleşmelerde, sözleşmenin hizmet koşullarına ilişkin düzenleyici hükümlerini tek yanlı değiştirme yetkisi de vermektedir. Özel kişiye gördürülen hizmet, kamu hizmeti niteliğini kaybetmez ve idare, hizmet üzerindeki gözetim yetkisini sürdürür. İdare buna dayanarak imtiyaz konusu hizmetin yeni koşullara uyumu için, sözleşmede öngörülmemiş olsa bile, seçilmiş olan hizmet yürütüm biçiminin sınırları içinde kalmak ve sözleşme konusuna tamamen yabancı olmamak koşuluyla, gerekli değişiklikleri yapma yetkisine sahiptir. İdarenin bu yetkisini kullanmaması durumunda hizmetten yararlananlar dava yoluna başvurabilir. Bu yetkinin kullanılması durumunda sözleşmenin karşı tarafının uğrayacağı zarar karşılanmaktadır. Özel girişimcinin kamu hizmeti yerine getirmeyi sözleşmeyle değil de idarenin tek yanlı yetkilendirmesiyle üstlendiği durumlarda, idarenin uyum gerekleri doğrultusunda değişiklik yapma yetkisi daha geniştir.

Değişkenlik ve uyum ilkesinin bir sonucu olarak hizmetten yararlananların, anayasa ve yasalarca zorunlu kılınan hizmetler dışında bir kamu hizmetinin sürdürülmesini ya da aynı koşullarla sürdürülmesini isteme hakkı bulunmamaktadır. Karşılanan toplumsal gereksinimdeki ya da hizmetin tekniğindeki değişim nedeniyle uyum ilkesi gereği hizmetin sona erdirilmesi ya da değiştirilmesi, öngörülebilirliği sağlayacak geçiş düzenlemeleriyle ve kazanılmış mali haklar korunarak gerçekleştirilir. Geçiş düzenlemeleri yapılmamış ya da geçiş süreci kusurlu örgütlenmişse idarenin kusurlu sorumluluğu doğacaktır. Hizmetin değiştirilmesi, idarenin herhangi kusuru olmamasına rağmen kullanıcı için anormal ve özel bir zarar doğmuşsa kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanılarak idarenin sorumluluğuna gidilebilir.

**m.126/son** "Kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatı kurulabilir." **m.108** "İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla, Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulan Devlet Denetleme Kurulu, ... her türlü inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapar." **m.166** "... ülke kaynaklarının ... verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir." **m.166 /II** "Planda ... kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır." **m.131** "... üniversitelere tahsis edilen kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak ... maksadı ile Vatandaşların Kamu Hizmetleri"

Uyum ilkesinin hizmetin işleyiş rejimine ve iç düzenine ilişkin sonuçları da vardır. Hizmetin işleyiş rejimi, yani hizmetten yararlanma koşulları, hizmeti sunuş biçimi, çalışma saatleri ve bedeli, hizmetin karşıladığı toplumsal gereksinim ve hizmet tekniklerinden kaynaklanan nedenlerle değiştirilebilir.

Uyum ilkesinin önemli sonuçlarından biri, kullanıcıların kamu hizmetleri ile ilişkisinde kazanılmış hakkın sözkonusu olamayacağıdır. Düzenlilik ve öngörülebilirlik sağlandığı oranda idare ile kamu hizmeti kullanıcıları arasındaki ilişki uyum gereksinimini karşılayabilmek için değiştirilebilir. Sabitlenmiş statüler ve mali (parasal) kazanılmış haklar dışında kullanıcılar ve çalışanlar kazanılmış hak ileri süremezler ancak değişikliklerin de hukuk güvenliği ve öngörülebilirliğine uygun biçimde geçiş düzenlemeleriyle yapılması gerekir. İlke olarak değişiklikler geçmişe etki etmez.

Kullanıcıların varlığını sürdüren hizmetlerin hedeflediği toplumsal ihtiyacı karşılayacak içerik ve nitelikte yerine getirilmesini isteme hakkı vardır. İdarenin hizmet kusuruna dayanan sorumluluğunun temellerinden birini de bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi oluşturmaktadır (hizmetin kötü işlemesi). İdare, üst düzenlemelerin hizmete ilişkin öngördüğü yeni düzenlemeleri de hayata geçirmek zorundadır. Kullanıcıların idareyi, hizmeti yeni hukuksal ve fiili durumlara uydurmak için idari başvuru ve dava yollarıyla zorlamaları olanaklıdır.

Uyum ilkesi idarenin toplumsal gereksinimleri ve kamu hizmetleri örgütlenmesini sürekli değerlendirme, öngörme ve planlama yükümlülüğünü içerir.

#### **D. Meccanilik İlkesi. Kamu hizmetinde bedel sorunu**

Meccanilik idare hukukçuları tarafından yanlış anlaşılan ve artık geçersiz olduğu ileri sürülen bir ilkedir.

Meccanilik ilkesi, bedelsizlik olarak anlaşılırsa elbette geçersiz olduğu söylenebilir. Bu ilkenin geçersizliği ilan edildiğinde, hemen varılan sonuç, hemen hemen tüm hizmetler için kullanıcılardan para alınması, *kullanma ilişkisinin satın alma ilişkisine çevrilmesidir*.

*Bedelsizlik* (karşılıksızlık) ile *parasızlık* (ücretsizlik) ayrıdır. Kamu hizmetinin üretimi için elbette toplumsal zenginlikten bir karşılık ayırmak gerekir. Bu olmadan üretim yapılamaz. Kamu hizmeti bedelsiz (karşılıksız) değildir öte yandan kamu hizmeti ücretsiz (parasız) olabilir. Kamu hizmetinden yararlanma kullanıcının para ödemesi koşuluna bağlanmayabilir.

*Meccani*, Arapça bir sözcüktür, Farsça “*bedava*” ve Farsça köklü “*parasız*” sözcükleri ile aynı anlama gelir. *Bedel* sözcüğü ise Arapça’dır ve *karşılık* anlamındadır. Hiçbir kamu hizmeti *karşılıksız* (bedelsiz) değildir. Bireyler sunulan kamu hizmetlerinin maliyetine doğrudan veya dolaylı olarak katılırlar ancak kamu hizmetlerinden yararlanma para ödeme koşuluna bağlanmayabilir. Parasız kamu hizmetleri de karşılıksız değildir. Yararlanılması para ödeme koşuluna bağlanmayan kamu hizmetlerinin bedeli, kullanıcının içinde bulunduğu vergi ödeyicileri kitlesi tarafından üstlenilmektedir.

Dolaylı vergiler, tüm bireyleri kapsayacak vergilendirmeye olanak tanımaktadır. Bu nedenle örneğin, “eğitim kamu hizmetinin kullanıcısı öğrenci vergi vermiyor, hizmetten karşılıksız yararlanıyor düşüncesi” doğru değildir. Vergiyle sıkı bağlantısı nedeniyledir ki kamu hizmetlerinin parasızlığı ilkesi toplumsal zenginliğin, devlet aracılığıyla ikincil bölüşümüyle ilgilidir. Toplumsal zenginliğin bir bölümü, piyasadan vergi olarak çekilerek alım satım ilişkisi kuralları dışında, yani piyasa dışında, siyasal düzeneklerin devreye girmesiyle, tamamen toplumsal amaçlarla olmasa da bunu da gözardı edmeden yeniden bölüştürülür. Kamu hizmetleri bu yeniden bölüşümün somut edimleri olarak ortaya çıkar. Kamu hizmetlerinde parasızlık ilkesinden vazgeçmek bu ikincil bölüşümden de vazgeçmek anlamına gelir.

Kamu hizmetlerinin parasızlığı ilkesini anayasayla bireylere tanınan maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkından, devlete yüklenen özgürleştirme görevinden bağımsız düşünmek de olanaklı değildir.

Her değer üretimi yine değer kullanılmasına bağlıdır. Kamu hizmetlerinin maliyeti, kural olarak insanların üretimden aldıkları paylardan vergi ve benzeri adlarla, siyasal iktidar kullanılmayla

#### VI. Vergi ödevi

**Madde 73** – Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir.

toplaman paralarla (kamu gelirleriyle) karşılanır. Kamu hizmetlerinin bedellerinin karşılanmasında kaynak kamu finansmandır. Kamusal finansmanın, vergi, resim, harç ve hatta Köy Kanunu’nda görüldüğü gibi bedeni yükümlülük gibi çeşitli biçimler alması mümkündür. Ayrıca paralı sunulan kamu hizmetlerinin büyük bölümü, örneğin belediyenin şehir içi toplu hizmetleri, katma değer vergisine bağlıdır. Hizmeti sunan idarece, vergi idaresine ödenen KDV hizmet kullanıcılarına yansıtılmaktadır. Kullanıcılar, genel vergi yükümlülükleri dışında kullandıkları hizmetler için de vergi öderler.

Her hizmet paralı olabilir. Fiyatlandırmaya engel olduğu düşünülen dışsalıklar ve para ödemeyenlerin dışlanabilmesi (girişin engellenmesi) sorunları yeni teknikler aracılığıyla giderilebilmektedir. Kamu hizmetlerinden yararlanmanın para ödeme koşuluna bağlı olup olmaması teknik bir zorunluluk değil, siyasal seçittir. Karakola başvuran herkesten belli bir para alınmasını engelleyen hiçbir şey yoktur. Para ödeyemeyecek durumda olanlara, adalet hizmetinde adli

yardım ya da eğitim hizmetinde burs verilmesi gibi kamu yardımı öngörülebilir. Anayasada ilköğretim dışında hiçbir kamu hizmeti için parasızlık öngörülmemiştir.

***Kamu hizmetlerinin maliyeti ile kullanıcıların ödeyecekleri para arasındaki bağlantı Anayasanın 73. maddesi ile kesilmiştir.***

Kamu hizmetinden yararlanmanın para ödeme koşuluna bağlandığı durumlarda idarece tarife ticari maliyet ile uyuşmak zorunda değildir. Kamu hizmetlerinin maliyeti ile kullanıcıların ödeyecekleri para arasındaki bağlantı Anayasanın 73. maddesi ile kesilmiştir. Kamu hizmeti üretiminin sermayesi, biriktirilmiş sermaye ya da alınacak borç değil, vergilerdir. Üretilen kamu hizmeti için kullanılan sermayenin geri dönüşü, satıştan elde edilecek gelirle karşılanması zorunlu değildir, vergilerle desteklenir.

Kamu hizmetlerinin paralı olması her zaman için satış anlamına gelmez. Özellikle kamu gücü kullanım dozunun yüksek olduğu klasik kamu hizmetlerinden para alınmasında bir satıştan çok vergilendirme ya da mali yük getirme sözkonusudur. Kişilerin kamu hizmetlerinden yararlanması sırasında alınan *harçlar* devlet için vergiler kadar olmasa da önemli bir gelir kaynağıdır.

Kamu hizmetinden yararlanmanın bir bedeli bulunduğu ve kamu hizmetinden yararlanmanın para ödeme koşuluna bağlanabileceği Anayasa’nın vergi ödevine ilişkin 73. maddesinden çıkarsanabilir.

Kamu hizmetlerinin *bedelinin* vatandaşlar tarafından vergilerle karşılanacağı açıkça düzenlenmiştir. 73. maddeye göre, “herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.” Kamu hizmetlerinin bedeli tüm toplumca karşılanacaktır. Kamu hizmetleri karşılıksız değildir.



Kamu hizmetinden yararlanmanın paralı olabileceği de aynı maddenin III. fıkrasında düzenlenmiştir: “vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.” Harç, genel ve soyut mali yükümlülüğünden farklı olarak, belirli bir hizmetten yararlanmaya bağlı bir mali yükümlülüktür. Kamu hizmetlerinden yararlanma yasayla parayı ödeme koşuluna bağlanabilir.

Anayasa’nın “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddesinin IV. fıkrasında yer alan, “ilköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır” kuralı bir kamu hizmeti için parasızlığı öngören tek hükümdür. Yükseköğretim kamu hizmetleri kullanıcılarından para alınabileceği Anayasa’nın 130. maddesinin IX. fıkrasında düzenlenmiştir. “... yükseköğretime giriş ... ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler .. kanunla düzenlenir.”

İktisadi nitelikte olmayan temel hizmetlerde kazanç sağlama amacı güdülmesi Anayasa’nın sosyal devlet ilkesine aykırı görülebilir. Devletin iktisadi nitelikte olmayan temel görevleri/hizmetleri, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak kamu kaynakları ve kazanç amacı güdülmeksizin görülmesi gereken hizmetlerdir.

Yerel yönetimlerden belediyelerde, hizmetlerin paralı olup olamayacağına ilişkin değerlendirme yapılırken asli/zorunlu görevler ile ihtiyari görevler arasında bir ayrıma gidilmektedir. 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu’nun “*ücrete tabi işler*” başlıklı 97. maddesinde “*belediyeler bu Kanunda harç veya katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret almaya yetkilidir*” hükmü yer almaktadır. “*İlgililerin isteğine bağlı*” olma, “*belediyelerin zorunlu görevleri arasında yer almama*” şeklinde anlaşılmaktadır.

Kamu hizmetinin sunulmasında özel kesimin devreye girmesi mutlaka ticari nitelik taşıyacaktır. Ticaret kâr sağlama amacıyla yapılır. Amaç, hiçbir zaman içerik (konu) değil; sonundaki getirisidir. Para getireceği için para yatırılır. (Para-meta-para [P-M-P] döngüsü.) Bu amaçla gerçekleştirilen faaliyette içeriği güvenceye almak için devletin denetimi devreye girecektir. Bu döngünün mantığı karşısında denetimin etkili olabilmesi güçtür ya da denetimin maliyeti kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesiyle elde edildiği varsayılan tasarruftan yüksektir. İmtiyazda bulunan bir kamu hizmetinin idarece, toplumsal gereksinimler zorlasa da imtiyazcının karını güvenceye almayan bir tarifeyle bağlaması güçtür. Bunun gibi aynı kamu hizmeti üretiminin emanette hem de imtiyazda bulunduğu durumlarda idarenin kendi ürettiği kamu hizmetinden yararlanmayı para ödeme koşuluna bağlı olmaktan çıkarabilmesi ya da kendi ürettiği kamu hizmetleri için imtiyazcıdan daha düşük bir tarife belirlemesi olanaksızdır.

#### ***Kamu hizmeti müşterisi değil, kamu hizmeti kullanıcısı.***

Kamu hizmetinden yararlananlar, tüketici ya da müşteri değil *kamu hizmeti kullanıcısıdır*. Kamu hizmeti, anayasada korunan bir temel hakkı gerçekleştirir. Kişi, serbestçe satın aldığı bir mal ya da hizmeti tüketmemekte, para ödeme koşuluyla kullansa da bir haktan yararlanmaktadır.

Kamu hizmetinden yararlanmanın para ödenmesi koşuluna bağlandığı durumlarda alınacak paranın miktarı, niteliği ve alınma biçimi önemli tartışma konularıdır. Zorunlu nitelikte olan ve sadece doğrudan doğruya kullanıcısına değil, tüm topluma yarar sağladığı kabul edilen hizmetlerin parasız sunulması gerektiği ileri sürülebilirse de hizmetler arasında paralandırma bakımından teknik bir ayırım yapmak olanaklı değildir. Kamu hizmetinden yararlanma para ödeme koşuluna bağlanmış olsa da kişiler kamu hizmetlerinin müşterisi değil, kamu hizmeti kullanıcısıdır. Hizmet kullanıcıları, hizmet sunan karşısındaki hukuksal statülerini sözleşme hukuku ya da tüketici hukukuyla oluşturmazlar. Sözleşme hukuku, tüketici hukuku ya da rekabet hukuku ancak kamu hizmetinin kullanıcısı statüsünün özüne dokunulmadığı oranda yararlanma ilişkisini düzenleyebilir.

Kamu hizmetlerinin kamusal/siyasi niteliği, yararlanma ve bedel ödeme ilişkisinin piyasadaki anlamda iradi bir alım satım ilişkisi olarak kurulmasını engeller. Genelde doğal ve siyasi tekeller sözkonusudur; alıcı için karşı tarafı seçmenin olanaksız ya da güç oluşu, bedel ve koşullar üzerinde herhangi bir belirleyiciliğin olamaması ve kuramsal da olsa eşitliğin yokluğu ve benzeri nedenler kamu hizmetlerinden yararlananlardan para alınmasına vergi ya da benzeri mali yükümlülük toplama niteliği kazandırmaktadır.

Devletin piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda bağışık kılarak üstlendiği mal ve hizmet üretim alanları olduğuna göre, idarenin kişilerden isteyeceği paranın da piyasa fiyatından farklı olması gerekir. Aksi halde idare, bir piyasa aktörü gibi girişimde bulunuyor ve böylece onların girişim özgürlüğünü sınırlıyor olacaktır. Bu nedenle devletin ürettiği kamu hizmetlerini kullanım karşılığı talep ettiği para, piyasa koşullarına göre belirlenen bir fiyat değil bir mali yükümlülüktür. Sadece hizmetin maliyeti ile değil, arz talep dengeleri ile değil, hizmetin karşıladığı toplumsal ihtiyacın özellikleriyle ve kullanıcıların ödeme güçleriyle de belirlenmelidir. Ödeme gücü, işletmenin ve piyasanın değil siyasal alanın, vergilendirmenin bir kavramıdır. Piyasada işletmeler tarafından üretilen ve satılan mallar müşterilerin ödeme gücüne göre oluşan bir ücretten satılmazlar, fiyatlanırlar. Kamu hizmetleri ise değişim değeri için değil kullanım değeri için üretilir ve sunulur, vergilendirmeyle bağlantılıdır, ücretlendirilecekse hizmetin karşıladığı toplumsal ihtiyacın özellikleriyle ve kullanıcıların ödeme güçleriyle bağlantılı bir tarife belirlenir.

Bütçeden kamu hizmetlerine ayrılan payın azalması kamu hizmetlerinin yoksullaşmasına neden olmakta bunun önüne geçebilmek için çare olarak kamu hizmetlerinin satışı öngörülmektedir. Kamu hizmetinde döner sermaye işletmeleri, işletmeler, fonlar ve vakıflar kurulmakta, bunlar kamu hizmeti kullanıcılarından çeşitli adlar altında alınan bedellerle beslenmektedir. Kamu hizmetinin finansmanda döner sermaye işletmelerinin kullanılması kamu hizmetlerinin ticarileştirilmesinin en yaygın araçlarından biridir. Kimi hizmetler döner sermaye işletmeleri aracılığıyla verince, kâr elde etme, işletmenin temel amacı haline gelmektedir. Ayrıca, işletmeden elde edilecek kârın belli oranda kamu personeli arasında dağıtılacak olması da kamu hizmeti etiğinin zayıflamasının önemli bir nedenidir.

#### ***Alacağın tahsili için hizmetin kesilmesi zorunlu olmayabilir***

Para ödemeyenin dışlanması ile ödenmemiş paraların tahsili için hizmetin kesilmesi farklıdır. Kamu hizmetlerinden kaynaklanan alacakların tahsili için hizmetten yararlanmanın engellenmesi hukuka aykırıdır. Hizmet sunma zorunluluğu ile tahsil araçları arasında ayırım yapılmalıdır. Su, elektrik, sağlık gibi insanın varlığını sürdürmesinin zorunlu araçları olan kamu hizmetlerinde hizmetten yararlandırmama borcun tahsili için temel araç olmamalı, öncelikle borcun ödenmesi için süre verilmeli, sonra malvarlığına başvurulmalıdır, hizmetten dışlama son araç olarak kullanılabilir.

#### ***Kamu hizmetlerinin ücretsiz sunulmasının yasaklanması anayasaya aykırıdır***

İdarece üretilen kamu hizmetlerinin ücretsiz ya da ticari gerekler dışında indirimli sunulmasını yasaklayan bir yasa bulunmaktadır. 8.1.2002 tarih ve 4736 sayılı Kamu Kurum Ve Kuruluşlarının Ürettikleri Mal ve Hizmet Tarifeleri İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun anayasaya aykırıdır. Yasanın 1. maddesine göre, "... kamu kurum ve kuruluşlarınca üretilen mal ve hizmet bedellerinde işletmecilik gereği yapılması gereken ticarî indirimler hariç herhangi bir kişi veya kuruma ücretsiz veya indirimli tarife uygulanmaz."

Kamu hizmetlerinin ücretsiz sunulmasının yasaklanması anayasaya aykırıdır. Özel mülkiyet, çalışma özgürlüğü, girişim özgürlüğü vb. karşısında kamu hizmetlerinin idare tarafından piyasa koşullarından bağışık kılınarak üretilip sunulabilmesi gerekir. Tersine durumda devletin özel girişimcilerle rekabeti gibi özel mülkiyet ve girişim düzeniyle bağdaşmayan ve bunun anayasal temellerine aykırı bir durum ortaya çıkar.

Kamu hizmetlerinin maliyeti ile kullanıcıların ödeyecekleri para arasındaki bağlantı Anayasanın 73. maddesi ile kesilmiştir. Anayasanın 73. maddesine göre, kamu giderleri vergilerle karşılanır. “Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.” Kamu hizmetleri üreten idarenin üretim maliyetini ve hatta karını kullanıcılara yapılacak satıştan karşılamayı amaçlaması anayasanın 73. maddesine aykırıdır. Bunun dışında idarenin piyasanın işleyiş kurallarından bağımsız olarak üstlendiği üretim, anayasaca korunan bir temel değere dayanır. Kamu hizmeti için kullanıcının ödeyeceği parayı kamu hizmeti üstlenmenin temelindeki değerden koparılması durumunda kamu hizmeti üstlenimi anayasal dayanağını yitirir. Piyasa ile eşit aynı özelliklerde ve koşullarda üretim yapılması, mülkiyet hakkına ve girişim/sözleşme özgürlüğüne aykırı olur.

### ***Ücretlendirmede Seçiş ilkesi***

İktisat ve maliye biliminin araçları, hemen hemen tüm kamu hizmetlerinin paralı duruma getirilmesini olanaklı kılmaktadır. Öte yandan hemen hemen tüm hizmetlerinin parasız olması da olanaklıdır. Vergilerdeki artış ve kamu hizmeti örgütlenmesinin ileri tekniklerden yararlanılarak tüm kamu hizmetleri para ödeme koşuluna bağlanmadan sunulabilir. Siyasal seçişe göre bu iki uç arasında olasılıklar da yaratılır. Seçişlerimiz toplumsal ilişkileri yorumlamadaki ilkelerimize ve siyasal konumlanışımıza göre değişmektedir. İlki toplumsal bölüşüm ilişkilerine geniş kesimler lehine dayanışmacı bir müdahaleyi varsayarken ikincisi, kendi çıkarları peşinde koşan bireylerin beleşçiliğe alıştırmazlarsa bireysel eylemleri ve kararlarıyla en ideal toplumsal yapıyı kuracaklarını varsayar.

Kamu hizmetleri parasız sunulduğu oranda vergiler yükselir. Vergilendirmede siyasal uzlaşma sağlanabilse bile tüm hizmetlerde parasızlık, tüm kamu hizmetlerinin kamu örgütünce üretilmesi ve sunulmasını (emanet yöntemini) gerektir çünkü hizmetin yürütülmesine özel kişilerin katılması maliyet ve kârı gerektiren *fiyatlı hizmeti* zorunlu kılar. Tüm kamu hizmeti üretiminin kamu örgütlerince sağlanması ise kamu hizmetinin ayırık sayıldığı kapitalist sistemin sınırlarının aşılmasını gerektirir.